

1998

**A FUNÇÃO SELETIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NO SISTEMA PENAL**

Vera Lúcia Ferreira Copetti

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA NO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
EM CONVÊNIO COM
A UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO**

Orientadora: Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Joaçaba

1998

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação **A função seletiva do Ministério Público
no sistema penal**

elaborada por **VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO

Florianópolis, em 23 de setembro de 1998

BANCA EXAMINADORA:


Prof^ª Dra. Vera Regina Pereira de Andrade - Presidente


Prof^ª. Dra. Josiane Rose Petry Veronese - Membro

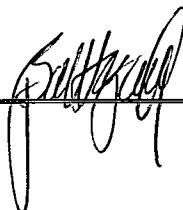

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão - Membro

Professora Orientadora:

Prof^ª Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

Coordenador do curso:

Prof. Ubaldo César Balthazar



Para os meus filhos, Carolina, Elias e Luis.

Para Avelino, companheiro desta e de outras jornadas.

AGRADECIMENTOS

À minha família, pela compreensão e apoio inestimáveis.

À Vera Regina Pereira de Andrade, orientadora, fonte de conhecimento e modelo de pesquisadora, pela sensibilidade, solidariedade e respeito que me cativaram e iluminaram a minha trajetória.

Ao professor Orides Mezzaroba, pela dedicação incansável e indispensável ao bom êxito do Mestrado, em Joaçaba.

Aos professores Benhur de Marco e Ezequiel Gurgacz, pela gentileza e solicitude na revisão e sugestões oferecidas.

A todos os amigos e aos colegas do mestrado, pelas contribuições e incentivo.

A Elisabete Carlesso e Vania Maria Moreira, pela simpatia e auxílio.

Aos meus alunos da Universidade do Oeste de Santa Catarina, pela compreensão e estímulo.

A Vânia e Shirley, pelo auxílio na aquisição da bibliografia.

Aos colegas no Ministério Público, pela troca de livros, experiência e de saberes.

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto o Ministério Público, com ênfase para seu poder de seleção, enquanto agência do sistema penal, ou do sistema de controle social formal.

Os resultados obtidos pelas investigações que se vêm desenvolvendo a respeito dos vários saberes que orientam a operatividade do sistema penal, e, conseqüentemente, da atividade do Ministério Público, e que revelaram estar ele inserido num processo global e dinâmico de criminalização, que opera de forma seletiva e estigmatizante, resultando numa distribuição desigual da criminalidade, com privilegiamento das classe sociais mais desfavorecidas economicamente, confrontados com as atribuições que, pela Constituição Federal de 1988, foram conferidas ou redefinidas para o Ministério Público brasileiro, é que levaram ao questionamento de seu real funcionamento.

O objetivo geral do trabalho é, portanto, o estudo do Ministério Público como instância de controle penal, buscando demonstrar que, embora orientado por um discurso oficial (legal e dogmático) comprometido com a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e do regime democrático, tais funções resultam frustradas por uma práxis que reproduz as desigualdades e injustiças sociais.

A dissertação compreende três capítulos, seguidos das considerações finais. Trata-se de uma análise interpretativa e explicativa do funcionamento do Ministério Público, realizada mediante pesquisa bibliográfica e documental, seguindo o método dedutivo.

O primeiro capítulo trata da operacionalidade do sistema penal e das investigações que levaram à superação, em Criminologia, do paradigma etiológico pelo paradigma da reação social.

O segundo capítulo versa sobre os discursos que orientam o funcionamento do Ministério Público no campo penal e o exercício do poder que lhe cabe.

O terceiro capítulo se ocupa de uma ilustração empírica da seletividade, mediante a análise de dados estatísticos obtidos dos Censos Penitenciários Brasileiros de 1995 e 1996 e dos Relatórios da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, relativamente aos anos de 1996 e 1997.

Nas considerações finais são sintetizados os resultados do estudo desenvolvido, enfatizando que o Ministério Público, embora orientado por um discurso legalista e igualitário, atua no processo de criminalização dando continuidade à seletividade própria do sistema penal no qual se insere.

ABSTRACT

This dissertation is aimed at the Prosecutor's Office, emphasizing on its power of selection as an agency for penal and formal social control system.

The results obtained by the investigations which have been conducted around the several literature that orient the performance of the Penal system, that is say, instructs the activities of the Prosecutor's Office, has revealed that this Office is inserted in a global and dynamic process of crime practicing which operates in a selective and stigmatizing manner. This process results in an irregular distribution of criminality towards the lower economic class. All this information confronted with the attributions conceived or redefined to the Prosecutor's Office by the Federal Constitution of 1988, is what encouraged this concern regarding the way it works.

The general objective of this work is to study the Prosecutor's Office as instance of penal control in order to show that, although it is oriented by an official discourse (legal and dogmatic) which is committed to the defense of fundamental rights (social and individual), and of the democratic regime, such practice becomes frustrated by a praxis that reproduces the social inequalities and injustices.

The dissertation comprises three chapters, followed by the final comments. It is an interpretative and explanatory analysis of the Prosecutor's Office dynamics, carried out through bibliography and documentation research, following the deductive method.

The first chapter is about how the penal system works and the investigations that led to the outstripping, in Criminology, of the etiologic paradigm by the social reaction paradigm.

The second deals with the discourses that orient the way the Prosecutor's Office works in the penal area and the practice of the actual power it is supposed to carry out.

The third chapter is an empirical illustration of the selectivity, in accordance with the analysis of statistical data of the Brazilian Penitentiary Censuses in 1995 and 1996, as well as from the Reports of General Corregedoria of the Public Ministry of Santa Catarina State, including the years of 1996 and 1997.

In the final comments the results of this study are synthesized, emphasizing that the Prosecutor's Office, although oriented by a legalist and equalitarian discourse, works on the process of incrimination, giving sequence to the selectivity of the penal system in which it is inserted.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - O SISTEMA PENAL	10
1.1. O paradigma etiológico de Criminologia	11
1.2. O paradigma da reação social	18
1.3. A operacionalidade seletiva do sistema penal	21
1.3.1. Os crimes de colarinho branco.....	27
1.3.2. O papel criador dos agentes do sistema penal.....	28
1.3.3. A cifra negra da criminalidade.....	28
1.4. Seletividade <i>versus</i> igualdade	29
1.5. Seletividade <i>versus</i> legalidade	35
1.6. Seletividade <i>versus</i> justiça	38
CAPÍTULO II: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DO SISTEMA PENAL.....	41
2.1. Origem do Ministério Público	42
2.2. Os modelos de Ministério Público	47
2.3. O Ministério Público no	49
2.4. Funções declaradas do Ministério Público no Brasil	55
2.5. A função seletiva do Ministério Público e o processo de criminalização..	64
2.6. A atuação do Ministério Público no sistema penal brasileiro.....	68

CAPÍTULO III: O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CRIMINALIZAÇÃO PATRIMONIAL	78
3.1. Os crimes contra o patrimônio	79
3.2. As penas cominadas como indicativo da seletividade.....	86
3.3. Censo penitenciário - estatística oficial como indicativo da seletividade	90
3.4. A contribuição do Ministério Público na seletividade dos crimes contra o patrimônio.....	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
ANEXO I	110
ANEXO II	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação é o Ministério Público como um dos agentes do sistema penal, com o privilegiamento do estudo de seu poder seletivo na dinâmica de criminalização acionada pelo sistema penal.

Por sistema penal designamos um processo articulado e dinâmico de criminalização que atua através de agências, ou instâncias: a) Legislativa, na qual se realiza produção das normas (programação normativa), mediante a definição de crimes, dos bens jurídicos tutelados e as penas aplicáveis; b) Policial, agência executiva do sistema penal, onde se cumpre a fase inicial da seleção secundária; c) Ministério Público, encarregado de, a partir do produto do trabalho policial, dar continuidade à seleção de pessoas que serão posteriormente “etiquetadas” como criminosas; d) Judicial, com a atribuição de conferir o *status* de criminoso às pessoas selecionadas; e, d) Penitenciária, ou o lugar onde são executadas as penas aplicadas e se estigmatizam,

definitivamente, as pessoas selecionadas pelas agências que a antecederam.¹

Toda sociedade precisa de uma disciplina destinada a garantir a convivência de seus membros, criando para isso uma série de mecanismos que asseguram comportamentos de acordo com suas normas ou pautas de conduta. O conjunto de instituições e sanções sociais utilizado para submeter as pessoas aos modelos e às normas sociais constitui o *controle social*. A disciplina social é exercida através de instâncias ou agências *informais* (família, escola, profissão, opinião pública, etc.), que desenvolvem um processo de *socialização*, e instâncias ou agências *formais* (lei, polícia, Ministério Público, judiciário e penitenciária), encarregados de um processo de *criminalização* que tem lugar quando as agências informais fracassam na adequação das condutas e que atua de forma coercitiva e punitiva.²

O controle social penal (formal) é, portanto, um subsistema encaixado dentro do sistema de controle social global³; ou seja, inserido na sociedade com a qual interage continuamente.

Aqui serão examinados os resultados das investigações realizadas no âmbito da Criminologia, desenvolvidas com base no paradigma da reação social e que, deslocando a investigação dos controlados para os controladores, superou, no plano teórico, o paradigma etiológico,

¹DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1992, p.373-4; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14, abr.-jun./1996b, p. 281.

²GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia : introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução e notas 1ª parte por Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 101/2.

³ANDRADE, op. cit., p. 281.

evidenciando que o sistema penal opera de modo *seletivo* e *estigmatizante*.

Sob este enfoque, o processo de criminalização compreende dois níveis (ou momentos): a criminalização *primária* (criação de normas, definição) e a criminalização *secundária* (processo de seleção e de estigmatização).

O Ministério Público, como uma das instâncias do controle formal, acha-se localizado no nível da criminalização secundária; competindo-lhe dar seqüência ao processo de seleção iniciado pela agência policial.

A seletividade própria do processo de criminalização, segundo demonstraram as aludidas pesquisas, conduz a uma distribuição desigual da criminalidade pelos estratos sociais, com preferência para as pessoas situadas nos estratos sociais mais baixos.

Daí surge o questionamento que orienta o presente trabalho: Vem o Ministério Público cumprindo as atribuições que lhe são constitucionalmente conferidas, na defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis da sociedade e do regime democrático? Cumprirá o Ministério Público função ou funções diversas daquelas oficialmente declaradas? Como isso pode ser ilustrado de modo específico?

Comprometido, por força das normas e do discurso oficial que orientam sua atuação, com a defesa do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis da sociedade, o Ministério Público se insere, todavia, num sistema de controle que, a partir da crítica funcional, revela-se seletivo, arbitrário e violento.

A bibliografia nacional e mesmo latino-americana sobre o Ministério Público, especialmente no campo teórico-crítico, é extremamente escassa.

Por outro lado, embora as análises em tal sentido sejam particularmente intensas nos Estados Unidos da América do Norte, as diferenças existentes entre o Ministério Público americano, originário do direito anglo-saxão, e o brasileiro, de inspiração francesa, dificultam a utilização das pesquisas que lá se realizam.

Os estudos recentemente desenvolvidos por ANDRADE⁴, contudo, abordando a relação funcional da Dogmática Penal com o sistema penal, mostram-se especialmente relevantes para desnudar o real funcionamento deste e, por extensão, contribuem para afastar os véus que encobrem a compreensão do real funcionamento da instituição tematizada no presente trabalho.

A eleição do Ministério Público se deve, portanto, de um lado, à constatação de que não tem sido dada, nos estudos teóricos até aqui desenvolvidos, atenção específica à sua atuação e, por outro, à evidência de que se lhe é conferido, como agência de um sistema de poder, o exercício de parte deste poder, é importante buscar compreender quais são as variáveis que determinam esta atuação.

Os conhecimentos produzidos acerca do fenômeno criminal e do Direito Penal, deram ensejo ao desenvolvimento das teorias do *labeling approach*⁵ ou do etiquetamento na Criminologia contemporânea.

A partir do momento em que as investigações criminológicas provocaram a superação do paradigma etiológico pelo da reação social,

⁴ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

⁵Equivalendo a *etiquetamento*, derivação de *label* = etiqueta

mostrando que o sistema penal opera de modo seletivo e estigmatizante, urge problematizar a atuação de cada uma das instituições e disciplinas que desempenham algum papel em seu funcionamento.

A idéia é que *conduta desviada* e *reação social* estão inseridas em um processo de interação social e são interdependentes, de modo que a criminalidade é uma qualidade ou *etiqueta* atribuída a determinados sujeitos pela reação social, através de processos formais e informais de *definição e seleção* ⁶.

Mesmo aceitando que a *seleção* atravessa todas as instâncias do sistema penal, a questão central do trabalho, ou seja, qual a medida em que o Ministério Público cumpre suas funções constitucionais, implica privilegiar o estudo da seletividade desde seu funcionamento, no espaço de sua atuação específica.

Cada uma das instâncias do sistema penal, e também o Ministério Público, ao ter acesso às condutas criminalizadas pelas anteriores e aplicar sobre elas seu poder discricionário contribui para o aumento da chamada *cifra negra* da criminalidade, dado que nem todas elas percorrem o itinerário do sistema da justiça penal até a condenação.

A imunidade dos *crimes de colarinho branco* e de outros crimes, por outro lado, como fenômeno que caracteriza todas as sociedades atuais, é indicativo de que o sistema penal dirige sua atividade criminalizante às classes sociais menos favorecidas economicamente.

A desigualdade verificada na distribuição da criminalidade por via do processo de seleção indica que o sistema subestima e imuniza condutas que acarretam os mais difusos e graves danos sociais (econômicos, ecológicos, resultantes da criminalidade organizada,

⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico..., p. 279 a 281.

graves desvios dos órgãos estatais) e, ao mesmo tempo, superestima infrações de menor danosidade social, embora mais visíveis, como aquelas que envolvem danos ao patrimônio privado, com especial preferência para aqueles cujos autores sejam oriundos das classes sociais mais baixas⁷

Essa desigualdade leva ao questionamento do fundamento ideológico do Direito Penal, qual seja, o princípio da igualdade, a tal ponto que as críticas levadas a efeito quanto a esse aspecto revelam tratar-se de um direito desigual por excelência⁸.

As respostas para o questionamento proposto foram buscadas mediante uma análise interpretativo-explicativa do sistema penal em geral e do Ministério Público, em particular.

A dissertação tratará, pois, de, a partir das teorias da reação social, descrever o funcionamento do sistema penal desde suas bases fundacionais ligadas ao surgimento do Estado moderno⁹ e, posteriormente, interpretar o exercício de poder realizado pelo Ministério Público no Brasil republicano, com ênfase para o modelo democrático programado pela Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988.

Estudar o Ministério Público enquanto agente ou instância de controle penal, para demonstrar que, embora tendo suas funções

⁷ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 267.

⁸BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et alii. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 28-63.

⁹ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do Direito e do Estado*. ROCHA, Leonel Severo (organizador). Porto Alegre : Fabris, 1994, p. 124.

orientadas por uma programação normativa comprometida com os direitos sociais e individuais indisponíveis da sociedade e com a defesa do regime democrático, perpetua uma práxis que não se mantém coerente com o discurso oficial, é o objetivo geral perseguido.

Ao analisar o modo como se acha inserido no projeto maior do sistema penal e a forma como opera na realidade, percebe-se que as funções que lhe são cometidas declaradamente resultam frustradas.

A conclusão é de que, mediante a reprodução acrítica das relações sociais e aceitação passiva do arsenal ideológico próprio do sistema penal no desempenho do papel que lhe cabe na aplicação e execução das normas penais, o Ministério Público contribui, na realidade, para dar continuidade à seletividade característica daquele.

A estrutura da dissertação compreende três capítulos e as subsequentes considerações finais.

No **primeiro capítulo**, trata-se de demonstrar a operacionalidade seletiva e violenta do sistema penal, reprodutora das desigualdades sociais e continuadora dos processos seletivos e estigmatizantes presentes na sociedade, acobertada por um discurso oficial legalista e igualitário.

No **segundo capítulo**, passa-se ao estudo do Ministério Público enquanto instituição dotada de poder, normativa e dogmaticamente programada para o exercício de funções específicas no campo penal.

Trata-se, em seguida, de apontar, tendo por base as críticas que exsurgem das pesquisas que se realizam sobre o sistema penal em geral, a coincidência entre as variáveis localizadas nas outras agências do sistema penal e aquelas que influem no funcionamento do Ministério Público brasileiro, cujo caráter seletivo permanece inerente à sua

atuação, apesar de contar com uma redefinição no âmbito constitucional que o impede de perseverar com as práticas autoritárias e arbitrárias que vêm caracterizando sua atuação no campo da justiça penal.

No **terceiro capítulo**, procura-se demonstrar empiricamente a seletividade do sistema penal e do Ministério Público em especial, mediante a utilização de dados estatísticos fornecidos pelas conclusões dos Censos Penitenciários Brasileiros de 1995 e de 1996, realizados pelo Ministério da Justiça, e dos Relatórios da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, referentes aos anos de 1996 e 1997.

Nas considerações finais, após resumir os temas abordados nos capítulos de que este trabalho se compõe, serão sintetizados os resultados do estudo a que nos propusemos.

Como análise do funcionamento do Ministério Público, a presente dissertação utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, seguindo o método dedutivo.

A obra *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle social*, de Vera Regina Pereira de Andrade¹⁰, foi o modelo que procuramos seguir, com expressa autorização de sua autora.

A pesquisa bibliográfica está centrada na Criminologia, sem excluir a contribuição de outras disciplinas.

As citações das obras em idioma estrangeiro foram realizadas a partir de tradução de responsabilidade da autora, com a expressa referência à fonte utilizada.

¹⁰A referência completa dessa obra encontra-se na nota 4.

Afinal, sem a pretensão da originalidade ou de realização de um exercício de futurologia, almejamos tão só a compreensão, posto que, como afirmou, Hulsman, inspirado em Foucault,

(...) o papel do acadêmico é mostrar 1) como as instituições realmente funcionam, e 2) quais são as reais conseqüências de seu funcionamento para os diversos setores da sociedade. Além disso, ele tem que 3) desvendar os diversos sistemas de pensamento que sustentam estas instituições e suas práticas. Deve mostrar o contexto histórico destes sistemas, as coerções que exercem sobre nós e o fato de que eles se tornaram tão familiares que agora fazem parte de nossas percepções, atitudes e nosso comportamento. Por último, 4) ele pode trabalhar junto com aqueles diretamente envolvidos e com os que lidam com a prática, para modificar as instituições, suas práticas e desenvolver outras formas de pensamento.¹¹

¹¹HUSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente*. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Husman. MARTEAU, JUAN Felix. Trad. do inglês por Helena Singer. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo n. 14, abr./jun/1996, p. 14-15.

CAPÍTULO I

O SISTEMA PENAL

A partir dos resultados produzidos a respeito dos saberes que orientam o funcionamento da instituição que tematiza o presente trabalho, demonstraremos, neste capítulo, num primeiro momento, o desenvolvimento do paradigma etiológico, adotado pela Criminologia tradicional e que ainda se mantém vigente sobre as instâncias de controle social formal.

As investigações criminológicas a respeito do sistema penal que levaram à superação do paradigma etiológico pelo paradigma da reação social, serão, em seqüência, utilizadas para demonstrar que o funcionamento do sistema penal guarda relação com o sistema de controle social global, apresentando-se como um *continuum* deste, ao reproduzir as desigualdades e a violência que o caracterizam.

Nessa perspectiva, a investigação crítica e erudita que vem sendo realizada por ANDRADE¹, tendo como objeto a Dogmática

¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997 (em especial).

Jurídico-Penal, em cujo âmbito se desenvolve o discurso oficial que orienta a operatividade do sistema penal e cuja funcionalidade se revelou invertida, na medida em que da segurança jurídica prometida restou apenas uma ilusão, será constantemente invocada.

O capítulo se completa com o estudo da *seletividade* que decorre do funcionamento do sistema penal em sua feição legitimante da violência, da desigualdade e da injustiça.

1.1. O Paradigma Etiológico de Criminologia

O problema criminal não é recente. PLATÃO, ARISTÓTELES, SÃO TOMÁS DE AQUINO e THOMAS MORUS, foram alguns dos autores que se dedicaram a refletir sobre ele.²

As idéias do Iluminismo, defendidas por MONTESQUIEU, VOLTAIRE e ROUSSEAU foram trazidas para o debate em torno do problema criminal por BECCARIA, FEUERBACH, BLAKSTONE, ROSSI, CARRARA, MELO FREIRE, ROMILLY, dentre outros.

À Escola Clássica, dizem DIAS e ANDRADE, poderia ser aplicado

(...) aquilo que RADZINOWICZ escreveu a propósito da obra de Carrara, a saber, que a toda ela subjazem

²Para Platão, o crime era o sintoma de uma doença, causada pelas paixões, pela procura do prazer e pela ignorância. Aristóteles, embora vendo no criminoso um inimigo da sociedade, identificava a miséria como sua causa, o mesmo se dando com Santo Tomás. T. Morus, por sua vez, tinha o crime como reflexo da sociedade e B. DELLA PORTE escreveu, em 1.536 um livro chamado *A Fisionomia Humana*, no qual referiu suas conclusões acerca da existência de conexões entre a fisionomia humana e o crime (DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1992, p. 6-7).

*dois princípios: 1º, que o principal objetivo do direito criminal e da ciência criminal é prevenir os abusos por parte das autoridades; 2º, que o crime não é uma entidade de facto mas uma entidade de direito (entity in law).*³

Marcada, pois, por um saber filosófico, a Escola Clássica foi iniciada por BECCARIA, com a obra *Dos delitos e das penas* (1764) e teve culminância com o *Programa do Curso de Direito Penal*, de CARRARA (1859), ainda ideologicamente⁴ centrada na problemática dos limites ao poder de punir. O *garantismo* é a expressão que identifica seu projeto.

Dos delitos e das Penas traduziu portanto, a um só tempo, as reivindicações do Iluminismo, combatendo a Justiça Penal do Antigo Regime, e um projeto de uma Justiça Penal “liberal, humanitária e utilitária, contratualmente modelada”⁵.

Denunciando as leis, as penas e o processo penal inquisitivo, punha em relevo a necessidade de uma Justiça penal que proporcionasse certeza e segurança individual, inserindo-se numa perspectiva de Estado e Direito Liberal.

O direito de punir, fundado no contrato social, gerou o princípio *nullun crimen nulla poena sine lege* (legalidade), a crença na neutralidade do legislador (a sentença como um silogismo perfeito)

³DIAS e ANDRADE, op. cit, p. 7-8

⁴A expressão *ideologia* é aqui empregada no sentido *fraco* que lhe propôs BOBBIO, ou seja, designando o *genus*, ou a *species diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos* também no sentido por ele denominado *forte*, significando falsa consciência, ocultamento ou inversão da realidade (BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Trad. por Luis Guerreiro Pinto Cacais et. Al. Brasília : UNB, 1986, p. 585). ANDRADE acrescenta que esses dois significados, *fraco* e *forte*, correspondem aos sentidos *positivo* e *negativo*, respectivamente, e remontam a WEBBER, no primeiro caso, e MARX, no segundo (ANDRADE, op.cit., p. 138, nota 22).

⁵ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica...*, p. 49.

e a exigência da utilidade da pena (não castigo, mas prevenção do delito)⁶.

Ao entrar na fase denominada por ANDRADE jusracionalista ou jusfilosófica, o Classicismo assim enunciou suas proposições:

a) O crime — não é um ente de fato, mas um *ente jurídico*, violação do Direito e não a um determinado ordenamento jurídico, por obra de ação humana, abstratamente considerada. Daí ser dada relevância ao elemento subjetivo denominado *culpabilidade*.

b) A responsabilidade penal — a responsabilidade penal tem fundamento na moral e deriva do livre-arbítrio, de modo que é responsável penalmente quem viola consciente e voluntariamente a norma penal. A vontade culpável deriva do livre-arbítrio, levando à imputabilidade do sujeito.

c) A pena - para alguns autores clássicos, sua função é de retribuição, com significado de castigo, reparação, reafirmação do Direito; para outros, a finalidade é de prevenção, enquanto “meio para a realização de fins socialmente úteis”⁷, tratando-se das chamadas teorias absolutas e relativas, respectivamente.

Importante notar, porém, que

O classicismo penal não se deteve na pessoa do criminoso, porque nele não visualizou nenhuma anormalidade em relação aos demais homens. Ao contrário, partindo da premissa de que todos os homens, graças à sua racionalidade, são iguais perante a Lei e podem, por isto, atuar responsabilmente, compreendendo o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social (Taylor, Walton, Young, 1990, p. 20), criminoso será

⁶ ANDRADE, op. cit., p. 48-49.

⁷ IDEM, ibidem, p. 52-57.

*quem, na posse do livre arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal. A única diferença entre o criminoso e o que respeita a Lei é a diferença do fato.*⁸

Aproximadamente um século após a publicação da obra de Beccaria, fruto do ambiente político-intelectual que o precedeu e inspirado sobretudo em Charles Darwin, surgiu o livro *O homem delinqüente*, de CESARE LOMBROSO, inaugurando a Escola Positiva italiana⁹.

Influenciada pelo positivismo, conforme seu nome indica, a Escola Positiva se utilizará do método experimental, ou empírico-dedutivo, para analisar seu objeto, o delinqüente; sendo suas premissas a quantificação, a objetividade ou neutralidade e a causalidade ou determinismo. O método tem a função de descobrir, no mundo dos fatos, as leis gerais através das quais o determinismo se manifesta, ou seja, quais as causas dos delitos.¹⁰

O crime como fato natural e social é a fórmula da Escola Positiva, opondo o determinismo ao livre-arbítrio; o criminoso é o foco de atenção da investigação, visto como o *monstro*, o inimigo¹¹.

A responsabilidade penal deriva da responsabilidade social e a *pena é uma reação social*, orgânica, um *meio de defesa*. Conforme escreveu ROUSSEAU:

⁸ ANDRADE, op. cit., p. 58.

⁹ DIAS e ANDRADE, op. cit, p.10.

¹⁰ ANDRADE, op. cit. p. 63.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1987, p. 83.

*Todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria; a conservação do Estado é então incompatível com a sua, um dos dois tem que perecer, e quando se faz perecer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo*¹².

Nesse contexto, LOMBROSO e FERRI foram os autores de duas teorias célebres. O primeiro, de início, sustentou a tese do *criminoso nato*, inaugurando a Antropologia Criminal. A criminalidade seria determinada pelo tipo antropológico humano, identificável através do método de investigação e análise das ciências naturais.

À tese do determinismo orgânico e psíquico defendida por LOMBROSO, FERRI acrescentou causas físicas e sociais para o crime, e essa perspectiva sociológica marcou o nascimento da Sociologia Criminal.

O criminoso passou a ser o protagonista da Criminologia, estabelecendo-se uma demarcação entre o mundo da criminalidade, minoria potencialmente criminosa, e o mundo da normalidade, ou a maioria da sociedade.

A responsabilidade penal se baseia na responsabilidade social e a pena se constitui em defesa da sociedade.

Nessa defesa, no entanto, há que se reservar lugar central para a prevenção; mas, como ela não é suficiente para evitar a prática de crimes, surge a necessidade da repressão. Nesse passo, é elaborado o conceito de periculosidade, ou *anormalidade*, que irá justificar a aplicação das medidas de segurança. A pena não é mais retributiva, mas recuperadora.¹³

¹²ROUSSEAU apud FOUCAULT, op. cit., p. 83.

¹³ANDRADE, op. cit., p. 60-70.

Todo esse esforço resultou no desenvolvimento da Criminologia Etiológica ou Positivista, cujo paradigma, centrado na *ideologia da defesa social*¹⁴, ainda é largamente aceito, tanto pelas agências de controle penal como pelo senso comum, na Europa e na América Latina.¹⁵

A Criminologia Positivista, fundada a partir da Antropologia Criminal de Lombroso e da Sociologia Criminal de Ferri, e adotando o chamado *paradigma etiológico*,

*(...) é (assim) definida como uma Ciência causal-explicativa da criminalidade; ou seja, que tem por objeto a criminalidade concebida como fenômeno natural, causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la. Ela indaga, fundamentalmente, o que o homem (criminoso) faz e por que o faz.*¹⁶

Integradas, as disciplinas antropológicas e sociológicas a partir das quais se desenvolveu a Criminologia oficial ou Positivista e a Dogmática Penal deram origem, na Itália e na Alemanha, ao modelo integrado de Ciência Penal, proposto por Von Liszt. Neste modelo, a Criminologia assume função instrumental em relação ao sistema penal e à política criminal oficial, cumprindo-lhe auxiliar a Dogmática

¹⁴A ideologia da defesa social, *que foi sendo construída pelo saber oficial (desde a Escola Clássica, passando pela Escola Positiva e chegando à Técnico-Jurídica), e filtrada através de seu debate escolar, veio a constituir-se não apenas na ideologia dominante na Ciência Penal, na Criminologia e nos representantes do sistema penal, mas no saber comum do homem da rua (every day theories) sobre a criminalidade e a pena.* (ANDRADE, op. cit, p. 135-6). Foi BARATTA quem a reconstruiu e definiu seus princípios conforme se verá no item 4, deste capítulo.

¹⁵ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14, abr.-jun./1996, p. 278/9.

¹⁶IDEM, *ibidem*, p. 277.

Penal mediante o fornecimento dos conhecimentos antropológicos e sociológicos necessários à sua fundamentação ontológica, para a construção de conceitos e de sistematização por esta realizada a partir da lei penal positiva.¹⁷

Mas, ao aplicar o método empírico-naturalista no desenvolvimento de suas teorias, a Criminologia Positivista elegeu como objeto de investigação a população das penitenciárias e dos manicômios judiciários, aceitando de modo acrítico as definições legais como se fossem princípios determinantes e, especialmente, adotando os resultados finais de todos os mecanismos de definição e seleção que entram em jogo na aplicação da lei penal.¹⁸

Caracterizando-se por

*(...) partir de dois pressupostos teóricos: a tese do delinqüente considerando completamente diferente dos indivíduos normais, e o paradigma etiológico a que corresponde a concepção da criminalidade como busca das causas e dos fatores da criminalidade*¹⁹

converteu-se, a Criminologia Positivista, em mera instância legitimadora do sistema penal, pois, conforme BARATTA

Com esse proceder, a criminologia buscava nos sujeitos selecionados pelo sistema penal todas as variáveis que explicassem sua diversidade em relação aos sujeitos normais, com exclusão, porém, do próprio processo de criminalização, o que, à luz das teorias mais avançadas, parece ser o fundamento mesmo da diversidade. Dessa maneira,

¹⁷BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmatica penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et alii. *Política Criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 28-29.

¹⁸IDEM, ibidem, p. 29.

¹⁹IDEM, ibidem, p. 28.

*a criminologia positivista contribuía para cobrir com um véu mistificante os mecanismos de seleção, ao tempo em que proporcionava aos resultados desses mecanismos uma justificação ontológica e sociológica.*²⁰

1.2. O Paradigma da Reação Social

As novas tendências criminológicas surgidas a partir da década de 60, sobretudo nos Estados Unidos da América do Norte, culminaram com a superação do paradigma etiológico pelo paradigma da reação social, também chamado do controle ou da definição.

Ao contrário da Criminologia tradicional, cuja atenção está voltada para o criminoso, nele procurando identificar as causas do crime, à Criminologia da Reação Social interessa analisar como a sociedade reage diante das condutas desviadas; ou seja, estudar o processo mediante o qual são criadas as normas penais e é executada a repressão. Vale dizer, estudar o sistema penal.²¹

Segundo BARATTA, os resultados alcançados pelas teorias da criminalidade baseadas no *labeling approach*²² são, em certo sentido, irreversíveis.

Assim se dá porque

Em primeiro lugar, tais teorias têm discutido o elemento da ideologia da defesa social denominado (...) como “princípio da legalidade” (a criminalidade é violação da lei penal e, como tal,

²⁰ BARATTA, op. cit., p. 30.

²¹ IDEM, ibidem., p. 25.

²² Equivalendo a *etiquetamento*, derivação de *label* = etiqueta.

*constitui o comportamento de uma minoria desviada. A Lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual a todos os autores de delitos). Isso ocorre porque tais teorias demonstraram que a criminalidade, segundo sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria mas da maioria dos membros de uma sociedade e que, segundo sua definição sociológica, não constitui uma qualidade ontológica do comportamento, senão um estado atribuído a certos indivíduos por parte daqueles que possuem o poder de criar e aplicar a lei penal, segundo mecanismos de seleção sobre os quais incidem fundamentalmente a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais.*²³

Para o *labelling*, cuja obra fundamental é *Outsiders*, de HOWARD BECKER a desviação (*deviance*) é criação da sociedade; ou seja, os grupos sociais criam a desviação produzindo regras cuja infração vai constituir a desviação. Desse modo, desviação é a *resposta dos outros* aos atos das pessoas, não uma qualidade das ações em si; é o resultado de uma reação social ao comportamento de alguém que, por essa forma, resulta estigmatizado²⁴.

Trata-se de um processo de definição e seleção no qual têm lugar central as relações de poder e as interações entre as pessoas (a ação que se questiona é a reação dos outros), e do qual resultarão a desviação e o desviado (etiquetado).

Nas palavras de BERGALLI, “As reflexões de BECKER constituem a base sobre a qual se constrói o conceito de **carreira criminal**, sobretudo com a afirmação da chamada profecia ‘auto-realizável’ (**self-sulfilling prophecy**)”²⁵.

²³ BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología*. Bogotá : Temis, 1982, p. 177.

²⁴ BECKER, H. *Outsiders*. New York : Free Press, 1991, p. 9.

²⁵ BERGALLI, op. cit., p. 198. Esse autor sintetiza as teses de BECKER, nos seguintes pontos: a) *Nenhum modo de comportamento tem em si mesmo a qualidade de desviado; (...)* b) *O predicado*

Nenhuma ação pode ser considerada criminosa em si, senão o produto do processo de criação e aplicação de normas. O objeto de estudo passa, assim, do delinqüente para as instâncias de reação e controle.²⁶

A consequência, em termos criminológicos, é que

*O comportamento desviante esgota-se no quadro das significações assumidas pelos participantes, devendo suspender-se todo o juízo sobre a realidade das normas ou da própria estrutura social. Em nome da redução eidética²⁷, o crime é visto como uma **construção social** realizada na interação entre o desviante e as agências de controle, que a etnometodologia estuda como 'organizações': polícia, tribunal, prisão, hospital psiquiátrico, etc.²⁸*

Essas linhas de investigação, fixando-se nos efeitos negativos produzidos pela reação social sobre os comportamentos individuais e as concepções que as pessoas passam a ter a respeito de si próprias, dirigem-se aos controladores e, por consequência, ao poder de

de desviado ou de infrator de regras será atribuído a modos determinados de comportamento mediante o estabelecimento ou criação de normas. Portanto, quem fixa as normas define a conduta desviada.; c) Estas definições de comportamento desviado se tornam efetivas sobre a conduta real se as normas resultam "aplicadas" ou "impostas". Em consequência, implícita ou explicitamente, as normas são realizadas por meio de "interações"; d) A aplicação ou imposição de normas como forma de etiquetar o comportamento desviado será compreendida como uma tarefa "seletiva"; isto significa que modos iguais de comportamento podem ser definidos de maneira diferente segundo as pessoas e situações específicas; e) Todos os critérios que determinam essa seleção podem ser subsumidos sob o caráter de "poder". Este poder pode ser entendido - por exemplo operacionalmente - como a pertinência a uma classe social. . f) O etiquetamento de uma pessoa como desviada põe em movimento, sob condições específicas, os mecanismos da "profecia auto-realizável" (self-fulfilling prophecy), com o qual devem esperar-se modos de comportamentos que são ou serão definidos, por sua vez, como desviados. As carreiras desviadas se iniciarão após uma redução definitiva das possibilidades de conduta conformista por causa da presença de expectativas não conformistas (BERGALLI, op. cit., 199).

²⁶ DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 49-50.

²⁷ Segundo Edmund Husserl, filósofo alemão (1859-1938), diz-se do que é relativo à essência das coisas e não à sua existência ou função (Dicionário Aurélio Eletrônico)

²⁸ DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 55.

controlar, colocando em relevo a importância do processo interativo, realizado através de mecanismos de definição e seleção, na construção da criminalidade.

A natureza, a estrutura e as funções dos sistemas penais vigentes é que passaram a ser, então, o centro de atenção da investigação criminológica, de modo que a Criminologia contemporânea é considerada como uma teoria crítica e sociológica do sistema penal, em vez de uma teoria da criminalidade.

1.3. A Operacionalidade seletiva do sistema penal

Do ponto de vista das teorias da reação social, fica evidenciado que o Direito e a Justiça ocupam lugar secundário tanto no controle social global ou informal como no controle social formal²⁹.

²⁹*Toda sociedade ou grupo social necessita de uma disciplina que assegure a coerência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma rica gama de mecanismos que assegurem a conformidade daqueles com suas normas e pautas de condutas. O "controle social" é entendido, assim, como o conjunto de instituições estratégicas e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários. Para alcançar a conformidade ou a adaptação do indivíduo aos seus postulados normativos (disciplina social), serve-se a comunidade de suas classes de instâncias ou portadores do controle social: instâncias formais e instâncias informais. "Agentes informais" do controle social são: a família, a escola, a profissão, a opinião pública, etc. Os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo que começa nos núcleos primários (família), passa pela escola, pela profissão, pelo local de trabalho e culmina com a obtenção de sua aptidão conformista, interiorizando no indivíduo as pautas de conduta transmitidas e aprendidas ("processo de socialização"). Quando as instâncias de controle informal fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõe sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular "status" (de desviado, perigoso ou delinqüente). (...) O controle social penal é um subsistema dentro do sistema global do controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito) pelos meios do quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo : RT, 1997, 101/2) . DIAS e ANDRADE definem sistema de controle como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação (DIAS e ANDRADE, op. cit, p. 43).*

Pode-se afirmar, portanto, com BECKER, que, se comportamento desviado³⁰ é aquele que viola normas criadas por grupos cujos interesses podem estar em conflito com os interesses daqueles que são criminalizados por elas, então o processo mediante o qual se realiza a individualização do desviado é um *processo político*, na medida em que o comportamento discriminado é somente aquele que viola regras impostas segundo critérios de poder.³¹

Trata-se de um processo em que ambos os sistemas, de controle formal e informal, operam de forma integrada, de modo que, embora feita distinção entre criminalização *primária* e *secundária* para fins de investigação,

*(...) o processo de criminalização seletiva acionado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta desviada de tal modo que para compreender seus efeitos é necessário apreendê-lo como um subsistema encaixado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude. Pois o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que têm lugar no controle social informal, como a família e a escola (por exemplo, o filho estigmatizado como “ovelha negra” pela família, o aluno como “difícil” pelo professor etc.) e mercado de trabalho, entre outros.*³²

³⁰Não há consenso acerca da definição sociológica de *deviance*, ou desviação. Enquanto alguns a consideram como *violação das expectativas de uma sociedade* (COHEN), outros a definem como *todo o comportamento que provoca reações negativas de terceiros* ou até mesmo têm-na caracterizada *pela circunstância de a maior parte das pessoas de uma sociedade achar que se devem aplicar sanções negativas*. DIAS e ANDRADE afirmam que não tem mais sentido, após o desenvolvimento das teorias interacionistas, buscar um conceito de crime que não inclua o elemento jurídico, porque o crime é construído por obra de um sistema de órgãos de controle, normativamente comandado e que atua sempre por referência à lei (DIAS e ANDRADE, op. cit., p.73 a 75).

³¹BERGALLI, op. cit, p. 196.

³² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...*, p. 281.

Por isso, diz BARATTA, a função³³ de seleção e marginalização não é exclusiva do sistema penal. O sistema escolar é o primeiro segmento do aparato de seleção e marginalização na sociedade: “A complementariedade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social.”³⁴

Desse modo, o sistema penal, formado pelas ações das diversas instâncias oficiais, nas quais se incluem desde o legislador até os órgãos de assistência e vigilância dos egressos de estabelecimentos prisionais, apresenta-se integrado no *continuum* da seleção operada pelo controle social informal.³⁵

Na *criminalização primária*, que corresponde ao processo de criação de normas,³⁶ dá-se a determinação ou seleção de bens jurídicos aos quais se dará proteção, a definição das condutas a serem criminalizadas, bem como as penas correspondentes, orientadas, em graus diversos, pelas definições *do senso comum*, ou do público em geral.³⁷

³³Em ANDRADE, e também para os fins do presente trabalho, *função* deve ser entendida como *as conseqüências queridas ou desejadas de uma coisa, equiparando-se a “meta” ou “missão” signos que, (...) , ao lado de “fim” e “finalidade” são indistintamente usados no discurso dogmático.* (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica...*, p. 40; nota 3).

³⁴BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à sociologia jurídico penal*. Trad. por Juarez Cirino dos Santos. CPGD/UFSC, 1993, p. 192.

³⁵ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...*, p. 281.

³⁶Nesse processo estão envolvidos o executivo, o parlamento e a universidade, criando não somente criminalização primária, mas também a linguagem da justiça criminal. (Ver HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman.* MARTEAU, Juan Felix. Trad. por Helena Singer. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14., abr./jun.1996, p. 15).

³⁷ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico...*, p. 282.

A *criminalização secundária* é própria do processo de aplicação das normas penais, quando entram em cena a polícia, o Ministério Público e os juízes, e diz respeito ao momento de atribuição do *status*, etiqueta ou rotulação de criminoso. Nesse estágio da criminalização é que ocorre a *distribuição* da criminalidade dentro da população.

Nesse ponto é que se torna evidente, conforme demonstraram os estudos desenvolvidos, que é preciso inverter as conclusões oferecidas pela Criminologia Positivista no sentido da existência na sociedade de uma *minoría* criminal e uma *maioría* não criminal.

Indagações sociológicas desenvolvidas no nível da criminalização secundária e que levaram em conta a criminalidade de *colarinho branco* (*white collar*), o papel criador dos operadores do sistema penal e a *cifra negra* indicam que, desde o ponto de vista das definições legais de crimes, trata-se de um comportamento identificado na *maioría* da população, ao contrário do que postula a Criminologia tradicional. Além disso, acha-se presente em todos os estratos sociais e em qualquer modelo de sociedade (é ubíqua).

Mesmo assim, a imunidade e não a criminalização é a regra que orienta o funcionamento do sistema penal.³⁸

A *distribuição* da criminalidade, contudo, se faz de forma *regular*, em todos os lugares do mundo, recrutando clientes nos baixos estratos sociais.

Esse é um dos indicadores da seletividade inerente ao funcionamento do sistema penal, evidenciando que a imunidade e a

³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 259-60 e 266.

criminalização são orientadas pela seleção de pessoas e não pela incriminação igualitária de condutas.

Dessa forma, a “minoría criminal” a que se refere a explicação etiológica (e a ideologia da defesa social a ela conectada) é o resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de “pessoas” dentro da população total, enquanto a conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas. Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) superestima infrações de relativamente menor danosidade social, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm como autor indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados.³⁹

Reproduzindo, no plano da Justiça Criminal, as linhas de fratura e de conflito que predominam, no plano macroscópico, na sociedade, a seleção realizada pelo sistema penal conduz à idéia de uma *justiça de classe*.⁴⁰

Segundo ANDRADE, a seletividade se apresenta caracterizada por uma constância (ou regularidade) que se atribui às leis de um código social (*second code, basic rules*) formado por *mecanismos de seleção*⁴¹. Destacam-se entre eles os *estereótipos*⁴² (de autores e

³⁹ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 267.

⁴⁰DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 385/6

⁴¹ Com esse conceito designam-se os operadores genéricos que imprimem sentido ao exercício da discricionariedade real das instâncias formais de controle e permitem explicar as regularidades da presença desproporcionada de membros dos estratos mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais da delinqüência, ou - como outros autores preferem - entre os clientes das instâncias formais de controle. (DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 386-7).

vítimas⁴³) e uma série de teorias, chamadas de *teorias de todos os dias* (*every days theories*), partilhadas pelos agentes do sistema penal formal (polícia, Ministério Público e magistrados) e informal (a opinião pública), além de processos que derivam da estrutura organizacional e comunicativa do sistema penal.⁴⁴

Nossos sistemas penais, diz ZAFFARONI,

*reproduzem sua clientela mediante um processo de seleção e condicionamento criminalizante. (...) Esse processo de condicionamento para o delito se orienta por estereótipos que são proporcionados pelos meios de comunicação. Há estereótipos "míticos" (irrealizáveis) e "realizáveis", estes verdadeiras profecias que se auto-realizam*⁴⁵.

⁴² Estereótipos são, segundo a definição de FESST e BLANKENBURG, 'sistemas de representações, parcialmente inconscientes e grandemente contraditórias entre si, que orientam as pessoas na sua atividade cotidiana (DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 347-8).

Discorrendo acerca da influência dos estereótipos na disposição dos juizes de obviar à periculosidade, evitar a reincidência e estimular a ressocialização do delinqüente, DIAS e ANDRADE sustentam: *...serão sobretudo os delinqüentes dos estratos inferiores os que, nos estereótipos do juiz, possuem características que os tornam mais perigosos, mais propensos à reincidência e mais carecidos de medidas ressocializadoras: os antecedentes criminais, o estilo de vida que denotam, o ambiente onde vivem; a situação econômica, familiar e profissional; a dependência de subculturas (do alcoolismo, droga e violência), etc. Diferentemente, os delinqüentes das classes médias e superiores, para além de, por via de regra, aparecerem em tribunal sem o fardo dos antecedentes criminais, serão considerados menos carecidos de tratamento ressocializador. A sua inserção social, profissional e religiosa é já garantia da interiorização dos valores e dos cânones de respeitabilidade dominante, pese embora o "inexplicável" deste crime (IDEM, ibidem, p. 551-2).*

⁴³ *Na América Latina o estereótipo sempre se nutre com os caracteres de homens jovens das classes mais carentes, salvo nos momentos de violência política ou aberto terrorismo de estado, em que o estereótipo se desvia para os varões jovens das classes médias (o "jovem subversivo" ao qual se opõe o "jovem desportista"). (ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca de las penas perdidas..., p. 135).*

⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Violência sexual contra as mulheres e sistema penal: proteção ao duplicação da vitimação feminina? In: *Revista Seqüência*, n. 33, Florianópolis, CPGD/UFSC, dez./1996, p. 97-8.

⁴⁵ (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989, p. 137).

Embora não seja exclusivo do sistema penal, este fenômeno nele assume características especiais: uma pessoa começa a ser tratada *como se fosse*, ainda que não haja realizado nenhum comportamento que implique em infração, se o tratamento se generaliza e se perpetua no tempo, a pessoa, quase sem exceção, comporta-se finalmente de acordo com o que lhe foi imputado. Desse modo, o *como se fosse* acaba *sendo*.⁴⁶

Assim, diz ANDRADE,

*Os conceitos de “second code” e “basic rules” conectam precisamente a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a assepsia da Dogmática Penal para exorcizá-los, assume toda a extensão do seu artificialismo*⁴⁷.

1.3.1. Os crimes de colarinho branco

Deve-se a SUTHERLAND a análise que, amparada em dados estatísticos que indicavam a alta frequência e os consideráveis danos sociais decorrentes das práticas ilegais e imorais ocorridas no mundo dos grandes negócios nos Estados Unidos da América do Norte, envolvendo pessoas de alto prestígio social, levantou a questão

⁴⁶IDEM, *ibidem*, p. 137-9.

⁴⁷ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual contra as mulheres...*, p. 98.

relativa à impunidade dos chamados *crimes de colarinho branco* (*white collar crime*).

Antecipando a visão do *labeling*⁴⁸, a investigação desenvolvida por SUTHERLAND suscitou argumento que ainda se mantém válido para todas as sociedades.⁴⁹

1.3.2. O papel criador dos agentes do sistema penal

Tanto o juiz como os demais agentes do sistema penal têm papel criador de direito. Vendo a lei como *projeto de direito*, as correntes antiformalistas e realistas da Jurisprudência sustentam que a definição das condutas desviadas não se esgota no momento normativo. Sendo a lei penal apenas um “marco abstrato da decisão”, é preciso dar-lhe contornos precisos e aí têm lugar as regras, princípios e atitudes subjetivas do intérprete. Dessa forma, todos os agentes da criminalização secundária (polícia, Ministério Público e juízes) realizam os próprios misteres de modo *dispositivo*.⁵⁰

1.3.3. A cifra negra da criminalidade

A cifra negra, também chamada *cifra obscura* ou *zona obscura*, (cujas pesquisas incluem a criminalidade de colarinho branco) designa a diferença existente entre a criminalidade real (condutas efetivamente praticadas) e a criminalidade estatística (condutas oficialmente registradas). Esta diz respeito somente à

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 261.

⁴⁹ DIAS E ANDRADE, op. cit. p. 76.

⁵⁰ ANDRADE, op. cit., p. 260-1

atividade da polícia, do Ministério Público, dos Tribunais e da administração dos presídios, sem nenhuma consideração para o fato de que nem todos os delitos cometidos são perseguidos; dentre aqueles que o são nem todos são registrados; sendo-o, somente uma parte é investigada; dentre os investigados, nem todos são denunciados⁵¹; nem todos os denunciados são processados, porque a denúncia nem sempre é recebida, e, quando recebida a denúncia, nem todas resultam em condenação.

Isso demonstra que a criminalidade estatística (ou oficial) não guarda nenhuma relação com a criminalidade real, mas representa o resultado de um complexo processo de refração, marcado por defasagens *quantitativa e qualitativa*.⁵²

1.4. Seletividade versus Igualdade

Compreende-se, pois, que as reações sociais não são as mesmas diante das violações das normas. Assim, a definição de desviado não resulta do ato cometido, mas da aplicação das normas. Mesmo assim,

A aplicação ou imposição de normas como forma de etiquetar o comportamento desviado será compreendida como uma tarefa seletiva; isto significa que modos iguais de comportamento podem

⁵¹ Pesquisa realizada na França, mostrou que o Ministério Público, juiz da oportunidade do processo, arquiva dois terços dos casos que lhe são submetidos (HULSMAN, Louk. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, 1993, p. 65)

⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 261-3.

*ser definidos de maneira diferente segundo as pessoas e situações específicas.*⁵³

Tal constatação conduziu à crítica do Direito Penal, pondo a descoberto o mito do Direito Penal igual para todos, base da *ideologia da defesa social*.

A *ideologia da defesa social*, elaborada no interior do saber oficial (dogmático), infiltrou-se no saber do homem comum (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena⁵⁴. Analisando-a, Baratta definiu-a com os seguintes princípios:

a) *Princípio do bem e do mal* — A conduta punível é um dano social. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O comportamento criminal desviado é o *mal* e a sociedade é o *bem*.

b) *Princípio da culpabilidade* — O fato punível expressa uma atitude interior reprovável, uma vez que o autor tem consciência de que seu ato viola as normas sociais estabelecidas mesmo antes de sancionadas legalmente.

c) *Princípio da legitimidade* — O Estado, expressão da sociedade, através das instâncias oficiais de controle de direito penal, tem legitimidade para reprimir a criminalidade.

d) *Princípio de igualdade* — O Direito Penal é igual para todos, aplica-se igualmente a todos os agentes de delitos. A criminalidade é a violação do direito penal e, como tal, o comportamento de uma minoria desviada.

e) *Princípio do interesse social e do delito natural* — No próprio centro das leis penais dos Estados civilizados se encontra a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda sociedade

⁵³BERGALLI, op. cit., 197.

⁵⁴ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 135-6

(delitos naturais). Os interesses protegidos pelo Direito Penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis representa violações de determinadas ordens políticas e econômicas e resulta sancionada em função da consolidação dessas estruturas (delitos artificiais).

f) *Princípio do fim ou da prevenção* — A pena tem, além da função retributiva, a função preventiva, como *contramotivação para o crime* (prevenção geral negativa) e também função concreta ressocializante (prevenção especial positiva)⁵⁵.

Conforme BARATTA, as investigações realizadas acerca dos mecanismos formais e informais de reação social e sobre o processo de criminalização em sua totalidade, levaram a resultados que contradizem o mito do Direito Penal como *direito igual por excelência*⁵⁶ e continuam com o desenvolvimento da crítica à ideologia do princípio da igualdade. Resumiu, o mesmo autor, a antítese crítica desse aspecto básico da ideologia da defesa social nas seguintes proposições:

a) O direito penal não define todos e somente os bens essenciais nos quais está igualmente interessado o conjunto dos cidadãos e, quando castiga as ofensas aos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

b) A lei penal não é igual para todos. O status de criminal está distribuído de modo desigual entre os indivíduos.

c) O grau efetivo de tutela e a distribuição dos status criminais é independente do dano social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido

⁵⁵BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmática penal..., p. 30-1; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 135-7.

⁵⁶BARATTA, op. cit., p. 41-2.

*de que estas não constituem as variáveis principais da reação criminalizante e de sua intensidade.*⁵⁷

As conclusões de ANDRADE a respeito da inserção do discurso próprio da ideologia liberal na ideologia da defesa social, são assim expressadas:

A ideologia da defesa social sintetiza, desta forma, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e do Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplica para os seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa das sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização)

*O princípio da legalidade representa, por sua vez, o legado vertebral da ideologia liberal que, se dialetizando com esta ideologia da defesa social, poderia ser inserido especialmente entre o princípio da **legitimidade** e da **igualdade** nos seguintes termos: o Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado.*⁵⁸

As evidências surgidas dessa crítica apontam para um Direito Penal que pune as ofensas aos bens essenciais de forma desigual e fragmentária (assumida pelos juristas como um *dado da natureza*); que distribui também desigualmente o *status* de criminoso entre os indivíduos, fazendo-o de modo que independe da danosidade social e da gravidade das infrações. Daí emerge o Direito Penal como o direito *desigual por excelência*.⁵⁹

⁵⁷BARATTA, Criminologia y dogmática penal..., p. 43.

⁵⁸ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 137-8.

⁵⁹BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...*, p. 179 a 283.

A desigualdade que caracteriza a chance de criminalização entre os indivíduos de um mesmo grupo social revela uma contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos.

A interpretação dessa desigualdade implica aprofundar sua lógica, percebendo-se que existe

*(...) um nexó funcional que liga os mecanismos seletivos do processo de criminalização com a lei de desenvolvimento da formação econômica em que vivemos e com as condições estruturais próprias da fase atual deste desenvolvimento, em determinadas áreas ou sociedades nacionais.*⁶⁰

Ao selecionar os bens a serem protegidos, o Direito Penal mostra tendência para privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizando contra a criminalização os comportamentos danosos para a sociedade e próprios de seus integrantes, ao mesmo tempo em que, com prioridade, volta sua atenção para os indivíduos que integram as classes subalternas.

Essa preferência se manifesta com mais intensidade no momento da criminalização secundária. Na seleção das pessoas, a posição por elas ocupada na escala social constitui uma variável independente, de modo que são sempre mais suscetíveis de criminalização as desocupadas, as desqualificadas profissionalmente e aquelas que apresentam algum problema de socialização familiar e escolar.

É também o que sustenta ZAFFARONI:

⁶⁰BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...*, p. 183.

O sistema penal opera sempre seletivamente e seleciona conforme os estereótipos que fabricam os meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem que se catalogue como criminosos aqueles cuja imagem corresponda à descrição e não outros (delinqüência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)⁶¹

A criminalização secundária se guia, pois, por *preconceitos* e *estereótipos*, levando os operadores das instâncias de controle formal a procurar e identificar a criminalidade, com prevalência, nos estratos sociais em que consideram *normal* esperá-la; ao mesmo tempo, demonstram uma tendência para esperar comportamentos de conformidade com a lei por parte dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores da sociedade.

Essas tendências predominam nos crimes contra o patrimônio, embora notadas até mesmo nos casos de infração às normas de trânsito.⁶²

Além disso, na aplicação da sanção tem sido demonstrada preferência pela pena detentiva quando se trata de marginalizados, por ser considerada mais *adequada* a seu *status* social e porque corresponde à imagem de normalidade preconcebida em relação a eles.⁶³

A seletividade do sistema penal não se restringe, todavia, ao processo de formação da norma e de sua aplicação.

Mediante a utilização da pena de prisão, ponto culminante do processo seletivo, a aplicação seletiva das normas tem a função de

⁶¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 134 e 135.

⁶²BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...*, p. 198-9.

⁶³IDEM, *ibidem*, p. 200.

manutenção da escala vertical da sociedade. Ao mesmo tempo, a pena cumpre funções simbólicas, sendo uma delas a de encobrir outros comportamentos ilegais, aqueles mesmos imunizados do processo de criminalização⁶⁴.

Por outro lado, a seletividade do sistema penal não se manifesta somente em relação aos economicamente frágeis. É marcante a influência que as diferenças de raça e gênero⁶⁵, dentre outras, exercem sobre o processo de criminalização.

Logo, é preciso reiterar que a função seletiva não se realiza tendo por variável apenas a defasagem existente entre a programação penal e as condições que a operacionalizam, resultando numa *seletividade quantitativa*, mas também uma outra, que diz respeito a infrações específicas e a conotações sociais dos autores e das vítimas e denominada *qualitativa*.⁶⁶

1.5. Seletividade *versus* Legalidade

Para ZAFFARONI, como complexa manifestação do poder social, o sistema penal retira sua legitimidade da *legalidade*. Mas, diz

⁶⁴BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...*, p. 183-4; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir...*, p. 239-244. Conforme HULSMAN, em sua dimensão simbólica, a pena tem o sentido de reprovação social do fato que é imputado a alguém (HULSMAN, Louk. *Penas perdidas...*, p. 121).

⁶⁵Ver a respeito ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual contra as mulheres...*; ARDAILLON, Daneille, DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília : Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/Ministério da Justiça, 1987.

⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança...*, p. 263 a 267.

ele, “legalidade é vocábulo equívoco; em uma de suas possíveis acepções significa a produção de normas mediante processos previamente fixados, o que constituiria o conceito positivista ou formal da expressão.”⁶⁷

Essa legalidade meramente formal é insuficiente, contudo, para legitimar o próprio processo de produção normativa porque resultam frustradas as tentativas de encontrar um ponto de apoio que o legitime, seja na idéia do soberano ou da pressuposta norma fundamental.

Percebe-se, pois, que a operatividade real do sistema penal não atende sequer a exigência de legalidade formal. Do conceito acima enunciado de legalidade, o discurso jurídico penal retira dois princípios fundamentais: princípio da *legalidade penal* e princípio da *legalidade processual*.

O princípio da *legalidade penal* impõe que o exercício do poder punitivo seja exercido dentro dos limites anteriormente estabelecidos para a punibilidade, com especial ênfase para os limites da tipicidade.

O princípio da *legalidade processual* exige que o poder das agências do sistema penal seja exercido no sentido de criminalização de todos os autores de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis⁶⁸, segundo certas pautas detalhadas explicitamente. Esse princípio, embora limitado pelo princípio da *oportunidade*, a ser utilizado segundo as pautas que lhe forem aplicáveis, impõe não somente o

⁶⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 24.

⁶⁸ *Analicamente, o conceito jurídico de crime é definido como ação típica, antijurídica e culpável.* (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica. 1993, p. 16)

exercício de seu poder nos estritos termos da planificação legal, como também exige que seja acionado em todos os casos.

Exercendo um poder configurador⁶⁹ e não meramente repressivo, pois o saber penal só se ocupa da legalidade daquilo que a agência legislativa decide deixar dentro de seu âmbito e, definitivamente, de reduzidíssima parte de realidade que, por estar dentro desse âmbito já recortado, as agências executivas decidem submeter-lhe, as agências judiciais do sistema penal têm a seu cargo um controle social militarizado e verticalizado, usado cotidianamente sobre a maioria da população, ou seja, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes mais incômodos ou significativos.

Mas a estrutura de qualquer sistema penal impede que seja respeitada a legalidade processual porque a capacidade operativa é sempre ridiculamente inferior à magnitude da planificação legislativa. Essa disparidade evidencia, por outro lado, o absurdo que seria a realização da criminalização resultante da programação legislativa, cuja conseqüência seria a reiterada criminalização de toda a população. Daí que, para ZAFFARONI,

*O sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não tem, ocultando o verdadeiro poder que exerce; e, ademais, se tivesse realmente esse poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social.*⁷⁰

Isso torna evidente que o sistema penal se acha estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, permitindo-lhe

⁶⁹A respeito deste conceito, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de las penas perdidas ...*, p. 27.

⁷⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 31.

exercer seu poder com alto grau de arbitrariedade seletiva, orientada para os setores mais vulneráveis da sociedade⁷¹.

A falsidade do discurso jurídico-penal também se manifesta em relação ao princípio da legalidade penal, cuja violação se dá mediante a longa duração dos processos (permitindo a transformação da decisão de prisão provisória em sentença condenatória e da prisão acautelatória em pena); a carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas; a proliferação de tipificações com limites difusos e com elementos valorativos etizantes, etc. e também porque as agências executivas, atuando antes da judicial, não raro já consumaram efeitos punitivos irreversíveis para as pessoas selecionadas.

A arbitrariedade até aqui assinalada não ocorre à margem da lei, mas é planejada por ela. Além disso, a operatividade social dos sistemas penais latino-americanos se dá de forma violentíssima, conforme se pode constatar em qualquer informe sério de organismos regionais ou mundiais⁷².

1.6. Seletividade *versus* Justiça

Inapto, por causa de sua estrutura, de perceber e de lidar com a existência de variedades na vida social e dos significados diferentes conseqüentemente gerados, o processo de criminalização revela-se injusto. Seu caráter injusto deflui também de sua incapacidade de

⁷¹IDEM, *ibidem*, p. ... 31?

⁷²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 24 a 33.

abranger todos os infratores e vítimas, os quais em sua maior parte integram a já referida cifra negra.⁷³

Desde a perspectiva marginal latino-americana⁷⁴, a crítica ao sistema penal se faz mais contundente na obra de ZAFFARONI.

Para ele, a construção de uma *realidade* por parte da justiça penal, também apontada por HULSMAN⁷⁵, não demanda, na América Latina, observação muito acurada, pois a dor e a morte semeadas por nossos sistemas penais não mais permitem esconder a falsidade do discurso jurídico penal⁷⁶.

Frente ao inegável volume de violência produzido por nossos sistemas penais, sustentado ao argumento de que ela é preferível ao incremento de delitos e do exercício da justiça privada que eclodiriam a partir de sua ineficácia, conclui ZAFFARONI que isso equivale a admitir que já não se pode afirmar que o monopólio da violência pertence ao Estado, sendo mais adequado afirmar que suas agências pretendem o monopólio do delito; a admitir expressamente que a legalidade é uma ficção; que o sistema penal se converteu numa

⁷³ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas...*, p. 15-18

⁷⁴O termo *marginal* é empregado por ZAFFARONI em várias acepções, a saber: (1)- O “*marginal*” denota, em primeiro lugar, que estamos ubicados na periferia do poder planetário, em cujo vértice se encontram os chamados “países centrais”; neste sentido, *marginal* equivale a periférico; (2) Pela mesma razão, com “*marginal*” estamos indicando a necessidade de adotar uma perspectiva de nossos fatos de poder no marco da “relação de dependência” com o poder central, sem pretender identificá-los com os processos originários desse poder, mesmo que algumas analogias, superficialmente consideradas, possam levar a uma errônea identificação; (3) O “*marginal*” também significa aqui a grande maioria da população latino-americana marginalizada do poder, porém objeto da violência do sistema penal; (4) Por último, “*marginal*” não somente significa para nós a complexa conceituação do setor urbano mais golpeado pelos albores do tecno-colonialismo, mas também indica uma situação generalizada no plano cultural (...): o colonialismo, o neocolonialismo e o tecno-colonialismo inacabado (imaturado), foram dando lugar a uma configuração de toda a população latino-americana que foi gestada sob o signo da “*marginalização*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 170-1).

⁷⁵ HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas...*, p. 15.

⁷⁶ZAFFARONI, op. cit., p. 16-7.

espécie de *guerra suja*⁷⁷, na qual o fim justifica os meios e, por fim, que, dada a seletividade letal do sistema penal e a conseqüente impunidade para as pessoas que a ele não são vulneráveis, deve-se convir que seu exercício de poder se orienta para a contenção de grupos bem determinados e não para a *repressão do delito*.⁷⁸

Nossos sistemas penais marginais operam, diz, como *um genocídio em marcha, em ato*⁷⁹ sendo seus indicativos: a altíssima percentagem de mortos entre os operários da construção civil e o número ínfimo de condenações por negligência nesses casos; segundo investigações empíricas, cerca de 90% dos casos de mortes e lesões culposas acabam arquivados ou seja, sem processo; o aborto é praticamente impune na região, mesmo tipificado legalmente e objeto de freqüentes discussões doutrinárias.

A tudo isso se deve acrescentar, dentre outras, as mortes havidas em enfrentamentos armados (fuzilamentos sem processo); aquelas outras praticadas por grupos paramilitares de extermínio, ou em confrontos para a eliminação de competidores pelo controle de atividades ilícitas; as *mortes anunciadas* de testemunhas, juízes, promotores, advogados, jornalistas, etc.; as mortes por tortura; as mortes violentas, de presos e de pessoal penitenciário, ocorridas em motins carcerários; as mortes decorrentes da violência entre presos e pela violência contra eles exercida pelo pessoal penitenciário, pelas

⁷⁷ZAFFARONI, op. cit., p. 44.

⁷⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, p. 44.

⁷⁹IDEM, *ibidem*, p. 127.

enfermidades não tratadas nas prisões, pelos suicídios dos criminalizados; *há mortes...*⁸⁰

⁸⁰IDEM, *ibidem*, p. 129.

CAPÍTULO II

O MINISTÉRIO PÚBLICO¹ COMO AGENTE DO SISTEMA PENAL

No primeiro capítulo tratamos de evidenciar os pressupostos teóricos que informam a atuação das várias instâncias do controle social formal, no qual se inclui o Ministério Público, bem como de tornar manifesto o real modo de funcionamento do sistema penal.

Neste capítulo, após referências às origens do Ministério Público, trataremos de estudar seu desenvolvimento histórico e na ordem constitucional brasileira, com vista à compreensão de sua matriz política, das condições sob as quais vem exercendo as funções declaradas que lhe

¹Nos textos romanos clássicos, a expressão *ministério público* designava todos os que exerciam função pública. Segundo VELLANI, a designação institucional se deve ao emprego rotineiro do adjetivo *público*, por parte dos procuradores e advogados do rei francês quando se referiam ao exercício de seu próprio ministério, na defesa de interesses públicos. Etimologicamente, a palavra *ministério* está ligada ao vocábulo latino *manus* e seus derivados *ministrar*, *ministro*, *administrar*, daí advindo sua ligação com o rei, sendo pois *a mão do rei*. Atualmente, para que a metáfora seja mantida, dir-se-ia *a mão da lei*. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise da lei orgânica nacional do Ministério Público, aprovada pela lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 4)

foram cometidas, bem como das eventuais mudanças que tais funções possam ter sofrido ao longo dos tempos.

Na obra de DIAS e ANDRADE², o Ministério Público é objeto não somente de descrição, mas também da análise crítica aqui utilizada com o objetivo de obter uma perspectiva mais ampla da instituição objeto deste trabalho, como antecedente para o exame particularizado do Ministério Público no Brasil.

Dessa forma, após referências ao estudo da instituição quanto às formas de organização e regras de funcionamento, serão examinadas a programação normativa e dogmática que orientam sua atuação no campo da justiça penal em nosso país, para demonstrar quais são suas funções³ declaradas e, a final, abordar as funções que, embora não declaradas, são desempenhadas pelo Ministério Público.

2.1. Origem do Ministério Público

As origens mais remotas do Ministério Público dividem opiniões. Para alguns, devem ser situadas no Egito antigo, correspondendo à figura do *magiaí*, funcionário real que era “a língua e os olhos do rei” e tinha o poder de castigar rebeldes, reprimir a violência, dar proteção ao justo e verdadeiro, perseguir os mentirosos, atuar como “marido da viúva e pai do

²DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1992.

³Utilizamos o termo função com o sentido tomado por ANDRADE, ou seja, funções declaradas significa as conseqüências queridas ou desejadas pelo discurso dogmático e funções latentes designa aquelas não declaradas nem assumidas, mas potencializadas pelo mesmo discurso.(ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: Teoria do Direito e do Estado. ROCHA, Leonel Severo (org.). Porto Alegre : Fabris, 1994, p. 121)

órfão”, ouvir as acusações, definir seu cabimento em face da legislação e influir na instrução⁴.

Na Antigüidade Clássica, pretende-se que seu precursor seria o temóstata (ou *thesmotetis*), funcionário que, na maioria das cidades gregas, desempenhava a função de guardião da lei; ou os éforos, juizes em Esparta que exerciam a acusação e também tinham a função de “contrabalançar o poder real e o poder senatorial”⁵. Em Roma, vários eram os agentes que desempenhavam as funções que hoje cabem ao Ministério Público: o irenarca (ou *irenarcha*, que exercia funções assemelhadas à polícia judiciária e de denunciadores de crimes), os curiosos (ou *curiosi*, inicialmente agentes do correios, a quem foi conferida a missão de investigar os fatos acontecidos nos lugares por eles visitados), os estacionários (ou *estacionarii*, investigadores com base territorial fixa) os defensores da cidade (*defensor civitatis*) e os procuradores do César (*procuratores caesaris*, advogado do imperador em questões fiscais) exerciam, cada um, parte de tais atribuições⁶.

A acusação criminal, todavia, assim em Roma como na Grécia, era promovida por qualquer do povo.

No direito canônico, cumpria ao *vindex religionis* fiscalizar os processos, mas não o exercício da acusação.

⁴ MAZZILLI, op. cit., p. 2.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 335-6; MAZZILLI, Ugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo : Saraiva, 1991, v. 2, p. 1-2.

⁶TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Atualizado por José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo : Saraiva, 1997, v. 1, p. 487.

Manzini e Pertile reivindicam para a Itália, contudo, a origem do Ministério Público, pelo menos no que respeita à função acusadora⁷.

Mas é para a Idade Média que convergem, com mais freqüência, as opiniões, situando na Ordenança de 23 ou 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França⁸, o momento em que se definiu com as características mais próximas das atuais e com caráter de continuidade.

Na verdade, diz TORNAGHI, ali se consumou um movimento iniciado no século XIII, como reação dos monarcas ao poderio dos senhores feudais:

*No momento em que o rei centralizou na mão todo o poder, os seus procuradores e advogados, 'gens du roi', que antes eram apenas mandatários judiciais, especialmente nas questões que interessavam ao fisco, passaram a verdadeiros funcionários, encarregados de mover ações penais e de fiscalizar a atividade da justiça e da polícia. Foi a hipertrofia de poderes dos antigos procuradores do rei e a confusão entre a pessoa desse e o Estado que fez surgir o Ministério Público.*⁹

Mas não foi a partir daí que o Ministério Público assumiu o monopólio da ação penal, pois os juízes ainda procediam de ofício.

Os representantes do rei foram aos poucos colocados em pé de igualdade com os juízes¹⁰ e passaram a exercer a função de *procurateur*,

⁷TORNAGHI, op. cit., p. 487-488.

⁸Continha determinação de que os procuradores prestassem o compromisso dos juizes, proibindo-lhes o patrocínio de outros interesses que não os do rei. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público...*, p. 3).

⁹TORNAGHI, op. cit., p. 489.

¹⁰A expressão *magistrature* designa tanto os juizes como os membros do Ministério Público franceses. Para distingui-los, as expressões *magistrature debout* ou *parquet* referem-se aos membros do Ministério Público enquanto que *magistrature assise* ou *de siège* diz respeito aos juizes. Por outro lado, a palavra *parquet* indica a origem modesta da instituição que, em seus primeiros tempos, não podia se colocar no estrado ocupado com exclusividade pelos juizes. (CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão do Ministério

promovendo a acusação pública e representando os interesses sociais. Com a Revolução de 1789, a Assembléia Nacional Constituinte atribuiu a acusação pública a um representante eleito pelo povo, enquanto o comissário do rei era encarregado de fiscalizar os processos e a execução das sentenças. Dois diplomas legais reorganizaram o Ministério Público, após a fragmentação provocada pela Constituição de 1791: o *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, e a lei de 20 de abril de 1810.¹¹

Desse modo, com suas raízes mais próximas situadas na França, em fins do século XVIII e início do século XIX, na figura dos *comissários do rei*, o Ministério Público, ao se buscar apreender e compreender os dados sociais e políticos que, de fora, o influenciaram modernamente, apresenta-se como

(...) filho da democracia clássica e do Estado de Direito, nascidos da Revolução francesa de 1789, que, abolindo o Estado autoritário de Ancien Régime, instituiu uma nova ordem, baseada no respeito à lei, como expressão da vontade geral.¹²

Chama-se, pois, o Ministério Público “filho da revolução” para assinalar a refundação francesa desta instituição. Há quem afirme, porém, que é tão filho da revolução que “carrega suas contradições e hipocrisias.”¹³

Público à luz do direito comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: *Ministério Público, Direito e Sociedade*. MORAES., Voltaire de Lima (org.). Porto Alegre : Fabris, 1986, p. 83)

¹¹TORNAGHI, op. cit., p. 489-490. Ver também TOURINHO, op. cit., p. 336.

¹²COELHO, Inocência Mártires. O Ministério Público na organização constitucional brasileira. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: n. 84, out./dez. 1984, p. 168.

¹³BINDER, Alberto. Funciones y disfunciones del Ministerio Publico penal. In: *El Ministerio Publico para una nueva justicia criminal*. Vários autores. Santiago do Chile : Corporación de Promoción Universitaria, 1994, p. 73.

Contudo, diz MAIER¹⁴, a metáfora será parcialmente verdadeira se, mesmo com reservas, nos referirmos, não à Revolução em si mesma, mas à construção do Estado de Direito desenvolvido na Europa a partir dela, pois seu nascimento coincide com a crítica política à ordem instalada imediatamente após a Revolução e com o advento da ordem napoleônica.

A reforma que se realizou, então, no procedimento penal não significou apenas a introdução da *oralidade*, da *publicidade* e da *participação cidadã* nos tribunais que administravam justiça penal¹⁵, mas também a criação do ministério público com as seguintes características:

a) o ministério está ligado à abolição do processo inquisitivo histórico, que reunia em uma só mão, a do inquisidor, as atividades persecutória e de decisão: sua introdução permitiu o começo da separação de ambas as funções, de modo que, na aplicação do poder penal do Estado, dois funcionários, independentes um do outro, se controlem mutuamente ao fazer uso dessa ferramenta estatal (...); b) neste modelo, contraposto ao anglo-saxão, o ministério público foi construído para ser, além de parte no procedimento, órgão de persecução objetivo e imparcial, à semelhança dos juízes, com uma tarefa presidida pela mesma meta, ou seja, colaborar na averiguação da verdade e atuar no Direito Penal material, com obrigação de proceder tanto contra como a favor do imputado, segundo o caso recomendar, característica que lhe vale ao ofício o mote descritivo de "fiscal da lei" e, mais modernamente, de "órgão de administração da justiça", pois nenhuma proteção é melhor que a do próprio acusador, obrigado a esta função; c) um ministério público assim construído deve cumprir a missão essencial de controlar a polícia para que seus procedimentos se ajustem às regras do Estado de Direito, de modo tal que, como von Savigny havia

¹⁴MAIER, Julio B.J. El ministerio público: ¿ Un adolescente? In: *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc S.R.L., 1993, p. 29.

¹⁵ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público., In: *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc S.R.L., 1993 p. 39.

*expressado, os funcionários da polícia criminal, os mais inclinados às violações jurídicas contra o imputado durante sua tarefa de investigação, fiquem sob sua supervisão e cumpram suas ordens.*¹⁶

2.2. Os modelos de Ministério Público

O Ministério Público se constitui, atualmente, como a instância de controle penal que, embora adotada quase universalmente, mais dificuldades oferece à análise comparativa e à valoração secundária de dados em decorrência de seu caráter idiossincrático. As diferenças nacionais que implicam nessa diversidade colocam-se tanto no plano jurídico-formal e orgânico como no plano sociológico-real.

Em relação ao estatuto jurídico, a diversidade se manifesta quanto à extensão de seu domínio. São marcantes as diferenças neste plano, por exemplo, entre o *prosecutor* americano (de modelo anglo-saxão) e o Ministério Público continental, de modelo francês.

Nos países em que predomina o modelo francês¹⁷, a atuação do Ministério Público se resume à acusação e à sustentação em juízo.

Quanto ao modelo americano, dizem os mencionados autores:

A história do MP na América é a da história progressiva e irreversível expansão do seu domínio, acabando por se sobrepor em larga medida ao da polícia e ao do tribunal. É sintomático, a esse propósito, o que se passou com a “plea negotiation”, segundo MCDONALD uma nítida incursão no terreno do tribunal e uma manifestação típica da confusão de papéis que existe na administração de justiça americana. De apenas tolerado ou

¹⁶MAIER, parafraseando ROXIN, ob cit. p. 29-30.

*implicitamente aceite, o instituto da “plea bargain” acabou por ganhar foros de cidadania. A ponto de hoje decorrer, pode dizer-se, à margem do controle do tribunal, o qual, na prática, se limita a homologar os seus resultados.*¹⁸

Outros modelos intermediários podem, porém, ser identificados e em cada um as diferenças no campo de domínio apresentam variações.

Quanto à estrutura organizacional, alguns se apresentam fortemente hierarquizados e centralizados, enquanto outros obedecem ao modelo descentralizado e policêntrico. Há que se considerar, ainda, as diferenças respeitantes à intervenção (ampla, restrita ou inexistente) dos ofendidos no domínio da iniciativa e promoção do processo penal.

O estatuto jurídico do Ministério Público também comporta diferenciações a partir da opção entre os princípios processuais da *legalidade* ou da *oportunidade*. A maior ou menor discricionariedade da atividade ministerial se coloca na dependência da preferência por um ou outro desses princípios ou mesmo deflui da combinação deles.

As diferenças relativas ao estatuto sociológico se assentam no *modo de provimento*. Nesse aspecto, a situação norte-americana é *sui generis*, por causa da utilização da via eleitoral para o provimento dos cargos. Isso lhe acrescenta um ingrediente também genuíno: para a maioria dos integrantes do Ministério Público o cargo tem servido como trampolim para a carreira política.

Esse controle político direto que o público exerce sobre o Ministério Público nos EUA não se dá na maioria dos países; nestes, é no plano

¹⁸ DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 472.

hierárquico interno que se processa o controle sobre ele, de modo que se constitui, em alguns deles, em um poder corporativo e autárquico.¹⁹

2.3. O Ministério Público no Brasil

Na fase colonial, submetido ao direito português²⁰, o Ministério Público não conheceu, no Brasil, desenvolvimento próprio. Sob o Império, os promotores de justiça permaneceram meros agentes do Executivo e a primeira Constituição republicana (1891) ainda não se ocupou do Ministério Público enquanto instituição, *status* reconhecido pela Carta de 16 de julho de 1934.

Ao mesmo tempo em que instituiu o concurso público como forma de ingresso na carreira e conferiu estabilidade a seus membros, a Constituição de 1934 concedeu ao Ministério Público autonomia apenas relativa, pois admitiu que o Procurador Geral da República pudesse ser escolhido dentre pessoas estranhas aos quadros institucionais e, apesar da necessidade de aprovação prévia por parte do Senado Federal, poderia ser demitido *ad nutum*.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e alinhada com o fascismo, significou retrocesso, pois inseriu o Ministério Público na

¹⁹DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 478-480.

²⁰Há autores que sustentam que o Ministério Público português tem origem e história autônomas, sendo aquela situada ora em 1289, com a criação do cargo permanente de *procurador da Coroa*, ora no reinado de D. João I (1384-1422), quando foram regulamentadas as atribuições penais de tais procuradores e a atuação dos procuradores de justiça da Casa da Suplicação. Tanto nas Ordenações Afonsinas (1447), como nas Manuelinas (1514), foram mantidas e desenvolvidas as atribuições de tais funcionários (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público ...*, p. 4-5).

sessão pertinente ao Supremo Tribunal Federal, subordinando-o, porém, ao detentor do poder de fato do Estado, porquanto o Procurador-Geral passou a ser de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República e ao Ministério Público dos Estados foi cometida a representação judicial da Fazenda Federal. O Ministério Público voltou a merecer relevo, porém, na Constituição de 1946.

A Constituição Federal, promulgada em 18 de setembro de 1946, restituiu ao Ministério Público o caráter autônomo e independente que lhe imprimiu a Carta de 1934. Mesmo assim, embora assegurando ao Chefe do Poder Executivo o poder de nomear o Procurador Geral da República, a ser escolhido por ele e confirmado pelo Senado Federal, manteve a possibilidade de que pessoas não integrantes da instituição ocupassem tal cargo. A subordinação do Procurador Geral ao Executivo - e por extensão, de toda a instituição - resultou reforçada, também, pela atribuição de representação judicial da União por parte do Ministério Público Federal, facultando-lhe delegar tal encargo aos membros do Ministério Público estadual.

Com o golpe militar de 1964, o Ministério Público foi colocado, na ordem constitucional instaurada em 1967, no Capítulo do Poder Judiciário e, sob a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, após novo golpe, posto no Capítulo do Poder Executivo. Outras alterações constitucionais relativas ao Ministério Público advieram, sendo a de n. 11, de 1978, a mais notável, no plano penal, porque conferia ao Procurador Geral da República a atribuição

de requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, nos casos de crimes contra a segurança nacional.²¹

Da Carta Constitucional de 1988, vigente, o Ministério Público emergiu mais forte e independente. Precederam-na, segundo MAZZILLI, uma *consciência nacional* de Ministério Público - nascida da necessidade de desenvolver estratégias de aperfeiçoamento, tendo em vista que o centro de poder se fixava na União - e uma *consciência social* de Ministério Público, concebida como “a consciência de sua conceituação, de sua importância, dos benefícios sociais que sua atuação dinâmica e desinteressada pode trazer à coletividade.”²²

Tais necessidades culminaram na Carta de Curitiba, anteprojeto preparado no âmbito do próprio Ministério Público, com vista ao texto constitucional em elaboração e sofreu as seguintes influências: a Constituição Federal de 1969 e a Lei Complementar Federal n. 40/81; as conclusões do VI Congresso Nacional do Ministério Público, com a temática *Ministério Público e Constituinte*; os resultados da pesquisa realizada entre os membros do Ministério Público nacional, em outubro/85 e patrocinada pela Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP); o anteprojeto apresentado por José Paulo Sepúlveda Pertence à Comissão de Notáveis que elaborou o primeiro anteprojeto para a nova Constituição Federal e o texto elaborado pela Confederação Nacional do Ministério Público como preparação para a reunião de Curitiba.²³

²¹MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público...*, p. 28/30; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia*. [Http://www.smmp.pt/goulart.htm](http://www.smmp.pt/goulart.htm)., capturado em 06.04.98, p. 4-6.

²²MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público...*, p. 32.

²³ IDEM, ibidem, p. 37. O texto integral da “Carta de Curitiba” está publicado na mesma obra, p. 44 a 50.

O texto constitucional do Ministério Público em vigor erigiu-o, segundo alguns, em um *quarto poder*.²⁴

A configuração que a Carta constitucional conferiu ao Ministério Público na organização dos poderes do Estado brasileiro colocou-o em capítulo apartado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, arrolando-o dentre as funções essenciais à justiça, destinou-lhe a seção I, compreendendo os artigos 127 a 130.

A Constituição Federal consolidou um perfil do Ministério Público que vinha se desenvolvendo em normas infra-constitucionais desde o início dos anos oitenta. Assim é que foram mantidas a forma de provimento dos cargos, através de concurso público, bem como as garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

Além disso, o constituinte, segundo GOULART, reconheceu no Ministério Público um dos canais adequados para a construção de uma democracia econômica e social, objetivo declarado da República brasileira.

Desse modo,

*A trajetória traçada estrategicamente pela instituição habilitou-a à representação dos interesses sociais e dos valores democráticos. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins.*²⁵

²⁴ A tese se deve à desvinculação do Ministério Público dos tradicionais poderes do Estado, no texto constitucional. Ver, a respeito, MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor...*, p. 39-41 e *Regime jurídico do Ministério Público...*, p. 55-57 ; TOURINHO FILHO, op. cit., p. 351 .

²⁵GOULART, op. cit., p. 9.

A Constituição de 1988 ampliou suas atribuições na esfera cível, outorgando-lhe a tutela dos interesses difusos e coletivos, e criou novas, como a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição e da defesa dos direitos dos povos indígenas. No campo penal, foi-lhe acrescido o exercício do controle externo da atividade policial.

Além disso, a forma de nomeação e demissão dos Procuradores-Gerais sofreu alteração em relação às Constituições anteriores.²⁶

O Procurador-Geral da República, chefe da instituição no âmbito federal, indicado dentre integrantes da carreira, exclusivamente, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal, é nomeado pelo Presidente da República, para exercer mandato de dois anos. Sua destituição também depende de autorização do Senado, nas mesmas condições da nomeação e por iniciativa do Presidente da República²⁷.

Já o Procurador Geral de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios é nomeado pelo chefe do Poder Executivo, para um mandato dois anos e escolhido de uma lista tríplice indicada pela classe, na qual somente podem figurar integrantes da carreira. A demissão do Procurador Geral de Justiça depende de deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo.²⁸

A redefinição do papel do Ministério Público processou-se *pari passo* com as transformações pelas quais passaram a sociedade e o Estado

²⁶GOULART, op. cit., p. 9-10.

²⁷Constituição Federal, artigo 128, § 1º e § 2º.

²⁸Constituição Federal, artigo 128, § 3º e § 4º.

brasileiro nas últimas três décadas e que culminaram com a promulgação de uma Constituição que estruturou juridicamente uma democracia social.²⁹

Essa opção significa o reconhecimento de que a democracia, mais que regime político ou forma de governo pela qual se procura garantir formalmente as liberdades fundamentais da pessoa e as liberdades públicas, atualmente é vista como um *processo histórico*, de contínua organização social, criador de condições para uma sociedade igualitária e participativa.

Ante a evidente insuficiência das formas e meios de participação e exercício indireto do poder para estruturar as relações sociais democráticas nas sociedades complexas, divididas em classes com interesses nitidamente contrapostos, percebe-se que o modelo clássico liberal já não atende mais às exigências sociais. Por isso,

Uma democracia social, pluralista e de massas ascende como momento de superação, conservando e elevando para outro patamar as conquistas do modelo liberal, articulando os mecanismos da democracia representativa com os da democracia direta. Através da articulação entre “organismos populares de base” e as instituições tradicionais de representação indireta busca-se a socialização do exercício do poder e a superação da alienação política e econômica das classes populares.

Nesse novo quadro, a democracia, como regime político e forma de governo, tem por objetivo libertar as pessoas de todas as formas de opressão, garantindo um tipo

²⁹O Estado liberal fundou a concepção moderna de liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas. Em seu esforço de contenção do poder estatal, inspirou as idéias dos direitos fundamentais e da divisão dos poderes. As doutrinas que reinterpretaaram a liberdade abriram o caminho para o Estado social que, caracterizado por conservar adesão à ordem capitalista, admite tanto o totalitarismo como a democracia e significa intervencionismo, patronagem e paternalismo. Nesse contexto, surge o Estado social da democracia, fundado no consentimento, criado pela força das massas, deslocando a idéia política da polaridade individual para a polaridade social e oferecendo, no plano jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade. (BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 190-203).

de sociedade onde haja lugar para todos, “um lugar que não exija aviltamento nem renúncia à dignidade da condição humana”³⁰.

Quanto ao Ministério Público, sua história revela mudança de função percebida por MACHADO e GOULART como

(...) o sinal inequívoco do seu deslocamento institucional na superestrutura do Estado. Passando da procuradoria do rei à defensoria do povo, o Ministério Público brasileiro, com estruturação jurídico-formal das mais modernas, hoje é um organismo que integra e representa a sociedade civil.³¹

No campo penal, a orientação democrática ou o compromisso com o processo de aprofundamento democrático impõe ao Ministério Público exercer o monopólio da ação penal pública sem perder de vista a defesa comunitária, libertando-se dos condicionamentos que o caráter inquisitivo do processo penal lhe impingiu e, conseqüentemente, do anacrônico caráter de implacável acusador criminal.

2.4. Funções declaradas do Ministério Público no Brasil

A instituição tematizada no presente trabalho tem suas funções estabelecidas a partir do discurso da lei.

Definido como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público foi incumbido, pela Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, da defesa da ordem

³⁰MACHADO, Antonio Alberto e GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1992, p.18-20.

³¹IDEM, *ibidem*, p. 33.

jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127).

Suas funções estão assim definidas no artigo 129:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para interpretação de lei ou ato normativo e para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

De acordo com o comando constitucional transcrito, confere-se ao Ministério Público, na área criminal, a atribuição de (a) promover, privativamente, a ação penal pública³²; (b) de realizar investigações

³²Encerrando, definitivamente, a celeuma criada em torno do disposto no artigo 55 da Lei Complementar nº 40/81, quanto à revogação tácita do procedimento penal *ex officio*.

administrativas; (c) de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar destinada à organização de cada Ministério Público; (d) de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais (artigo 129, incisos I, VI, VII e VIII).

Daí se conclui que o Ministério Público ainda se destaca, no Brasil, no âmbito da atividade punitiva do Estado.³³

Cabe-lhe, portanto, segundo a programação normativa e também segundo o discurso dogmático, deduzir a pretensão punitiva perante o juiz e orientar toda a persecução criminal, cumprindo exigência do *processo acusatório* e chamando a si a tutela dos interesses que afetam diretamente as condições da vida social.³⁴

Além de deter, com exclusividade, a iniciativa da ação penal pública, com todas as conseqüências de ordem processual que isso acarreta, cumpre-lhe exercer, também, a função de *custus legis* (fiscal da lei).

Divergências surgem entre os autores dogmáticos na definição da função assim denominada.

FREDERICO MARQUES sustentou que o Ministério Público desempenha tal função somente naqueles procedimentos que o Estado conferiu ao ofendido a iniciativa da ação, ou seja, na ação privada. Em tal caso, estaria incumbido de produzir prova, velar pela regularidade processual e opinar quanto ao mérito do pedido.³⁵

³³Isso ocorre também em relação à opinião pública, para a qual a função acusatória ainda é aquela que melhor identifica o Ministério Público (COELHO, ob. cit., p. 181).

³⁴COELHO, op. cit., p. 181.

³⁵MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 1980, vol. 2, p. 271-276.

Em TORNAGHI, no entanto, localiza-se pensamento divergente quanto ao sentido dessa função fiscalizadora, dada como presente também nas hipóteses em que o Ministério Público promove a ação penal:

Como fiscal da aplicação da lei, (...) o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu. Assim, por exemplo, deve impetrar “habeas corpus” para quem está sofrendo constrangimento ilegal...³⁶

A duplicidade de funções no campo penal corresponde ao resultado do desenvolvimento histórico do Ministério Público, como resultante da simbiose de órgãos que exerciam misteres tipicamente fiscais com outros eminentemente acusadores. É sintomático que a denominação correspondente ao nosso *promotor* seja *fiscal*, na Espanha, enquanto *Ministerio Fiscal* equivale ao Ministério Público (ressalvadas algumas diferenças relativas às funções e quanto aos princípios que as orientam); assim também acontecendo nos países americanos de língua espanhola.³⁷

A função, nuclear e fundamental, de deduzir em Juízo a pretensão punitiva, está enunciada e delimitada pelo disposto no artigo 24 do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida pelo Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido, ou de quem tiver qualidade para representá-lo” .

Outras funções lhe são correlatas e não menos importantes no campo criminal:

³⁶TORNAGHI, op. cit., p. 493.

³⁷Ver a respeito TORNAGHI, op. cit. p. 493-494. Sobre o Ministério Fiscal na Espanha, ver MONREAL Ricardo Rivadeneira. El Ministerio Fiscal en España. In: *Ministerio Publico para una nueva justicia criminal*. Vários autores. Santiago do Chile : Corporación de Promoción Universitária, 1994, p. 11 a 63.

a) a requisição de diligências policiais e instauração de investigações (artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal; artigo 26, inciso IV, da Lei nº 8.625/93);

b) o requerimento de arquivamento de peças de informação, previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal; em face do qual o juiz, discordando, haverá de remetê-las ao Procurador Geral de Justiça, cuja determinação coincidente com o pedido de arquivamento inviabiliza a ação penal (artigo 29, inciso VII, da Lei nº 8.625/93)³⁸.

A Dogmática Processual Penal, apresenta-o como *parte instrumental* no Processo Penal.

Nessa condição, cumpre-lhe exercer o chamado *dominus litis*. E ele o faz como representante da verdadeira *parte*³⁹, que, na ação pública, é o Estado, interessado na repressão das infrações e titular do direito de punir mas que não pode intervir diretamente no processo penal.

A atividade do Ministério Público no processo penal deve ser desenvolvida, porém, mesmo quando posicionado como *parte*, de forma *imparcial*.

Imparcialidade com sentido de *neutralidade*, é a proposta.

Aí se coloca a contradição que o persegue: sendo órgão do Estado, imparcial por isso mesmo, não há como afirmar, sem contradição, que sua atuação se dá na condição de *parte imparcial*.

³⁸ A Lei Complementar n. 75, de 20.05.93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e Estatuto do Ministério Público da União, estabelece no artigo 62, inciso IV, a competência das Câmaras de Coordenação e Revisão, para *manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral*.

³⁹ Considera-se, aqui, a definição de *parte* proposta por CARNELUTTI, significando cada um dos sujeitos de um contrato ou cada um dos sujeitos do contraditório, enquanto disputa entre pessoas que comparecem perante o juiz divididas pela circunstâncias de ter cada uma um interesse que se opõe ao do outra (CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá : Editorial Temis, 1993).

Invoca-se, para resolvê-la, justamente sua caracterização como *parte instrumental*. Representante da lei, ou do interesse da sociedade⁴⁰, o Ministério Público atua no processo alheio ao conflito que o determinou, de modo que, aproximando-se organicamente do juiz, mantém afinidades com as partes, por praticar atos que se assemelham aos praticados por elas.

Em reforço dessa condição de parte *sui generis* porque estruturalmente identificado com o julgador, menciona-se que o artigo 258 do Código de Processo Penal brasileiro, ao tempo em que veda sua atuação nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, estende aos membros do Ministério Público, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes⁴¹.

São princípios constitucionais a orientar o funcionamento institucional⁴²: a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional (artigo 127, § 1º, da Constituição Federal).

Unidade e indivisibilidade são princípios declarados como significando *todo indivisível* impessoalidade; possibilidade de substituição

⁴⁰ Conforme sustenta ADA PELEGRINI GRINOVER, contrária à tese de que o Ministério Público representa a sociedade porque o provimento de seus cargos não se dá pela via do voto popular. (SADEK, Maria Tereza (org.) *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo : Editora Sumaré, 1997. p. 22)

⁴¹ TOURINHO FILHO, op. cit, p. 351-355.

⁴² O sentido de *instituição* adotado neste trabalho está ligado à perspectiva sociológica segundo a qual a palavra instituição se refere a *estrutura e, como tal, se aplica a organizações ou grupos dotados de certa estabilidade estrutural assentada em valores e normas dos próprios grupos ou organizações; ou então em valores das sociedades onde se inserem* (SILVA, Benedito et alii. *Dicionário de Ciências Sociais*. p. 612). Para BOLÍVAR LAMOUNIER, no entanto, uma organização se transforma em instituição quando define qual é a sua função, sendo esta diferente daquelas exercidas por outras instituições. (SADEK, op. cit. p. 34).

ou atuação sucessiva de vários membros em um mesmo processo, sem vinculação ao entendimento do antecessor.

A *autonomia funcional* confere aos membros do Ministério Público independência no exercício de suas funções. Essa independência deixa-o livre funcionalmente. Sendo autônomo, o membro do Ministério Público tem sua atuação no campo criminal, assim em relação à iniciativa processual como à fiscalização e impugnação dos atos do juiz, imunes tanto à sujeição hierárquica como à influência do juiz.

No plano hierárquico, a autonomia funcional, passível de quedar-se aos sabor dos interesses da chefia institucional, vê-se assegurada mediante a adoção do princípio do *promotor natural*, alinhado entre as garantias fundamentais do indivíduo e consubstanciado na previsão de que ninguém será processado senão pela autoridade competente⁴³.

Autoridade competente para a atividade processante será o membro do Ministério Público que estiver legalmente investido dessa atribuição específica⁴⁴. Daí assumir importância, para o acusado, a garantia da *inamovibilidade* do membro do Ministério Público:

A inamovibilidade, como todos os demais predicamentos da instituição, destina-se antes a proteger a função do que, em si mesmo e pessoalmente, o ocupante do cargo. Assim, não se admite, sob pena de burla ao preceito constitucional, subsistam as designações discricionárias e ilimitadas do procurador-geral, inclusive para que promotores e procuradores de justiça oficiem em feitos escolhidos caso a caso (...), pois que na verdade tais designações subtraem as atribuições legais do promotor do

⁴³O artigo 5º, inciso III, estabelece que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.

⁴⁴*Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público...*

*feito, para, em seu lugar, officiar outro da escolha e da confiança do procurador-geral.*⁴⁵

Trata-se, pois, de função a ser exercida de forma autônoma e sem quaisquer ressalvas senão aquelas decorrentes da programação normativa. Desse modo, não se localizando, na legislação, hipótese alguma de submissão do membro do Ministério Público ao Poder Executivo, conclui-se que também em relação a ele a autonomia está, no plano normativo, garantida.

Daí se afirmar que, embora se trate de órgão do Estado, o Ministério Público não se subordina às ordens dos governantes, mas atua visando ao interesse da sociedade.⁴⁶

No desempenho da função acusatória, o Ministério Público tem sua atuação orientada pelo princípio da *obligatoriedade* da ação penal.

Embora o Ministério Público seja o *dominus litis*, quer dizer, o senhor da ação penal pública, sua atividade é tida como *vinculada*, uma vez reconhecida a existência de violação da lei⁴⁷.

NORONHA assim se referiu a esse caráter vinculado:

É o Ministério Público o senhor da ação penal pública, é o dominus litis, pois intenta-a e promove-a, mas não tem disponibilidade dela. Sua atuação é obrigatória; não pode declinar do exercício, transigir, aguardar oportunidade etc. Vigora em nossas leis o princípio da legalidade: O Ministério Público é obrigado a agir tão logo se forme a opinio delicti ou a suspeita do crime, em face dos elementos que lhe são fornecidos pelo inquérito ou por outros meios (...). No Código não vige o princípio da

⁴⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor...*, p. 82.

⁴⁶TOURINHO FILHO, op. cit., p. 355.

⁴⁷MAZZILI, op. cit., p. 193.

*“oportunidade, pelo qual pode o Ministério Público, conforme as circunstâncias, usar ou não do direito de persecução”*⁴⁸.

Do princípio da obrigatoriedade decorre, portanto, o princípio da *indisponibilidade* da ação penal. Sendo o Estado o titular do direito de punir e a ação penal o instrumento de que se utiliza para viabilizar seu poder repressivo, por esse princípio fica o Ministério Público impedido de dispor da ação penal. O Código de Processo Penal brasileiro contém, no artigo 24, essa proibição expressa da desistência da ação penal por parte do Ministério Público.

Esse princípio também atinge a fase investigatória da persecução criminal; de modo que a autoridade policial, quando cientificada da ocorrência de conduta caracterizadora, em tese, de infração penal de ação pública, deve instaurar, de ofício, a investigação, sem atender a quaisquer critérios políticos ou de interesse social. Impossibilitada a autoridade policial, pelo artigo 17 do Código de Processo Penal, de determinar o arquivamento do inquérito, surge para o Ministério Público, com exclusividade, a função de formação da *opinio delicti* (suspeita do crime).⁴⁹

Os princípios da *obrigatoriedade* e da *indisponibilidade* da ação penal pública, seguindo a tendência verificada em vários países de tradição jurídica ibérica, resultaram abrandados recentemente pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que introduziu o critério da *oportunidade regulada por lei* ou da *discricionariedade regulada*.

⁴⁸NORONHA, op. cit., p. 26-27.

⁴⁹SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 53-4.

Trata-se, na verdade, de técnicas de disponibilidade sobre a pena, aplicáveis nos juizados especiais criminais instituídos para o processo e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo⁵⁰ e no procedimento, constituídas, neste caso, pela suspensão condicional do processo⁵¹ e pela ampliação das hipóteses de ação pública condicionada à representação do ofendido⁵².

2.5. A função seletiva do Ministério Público e o processo de criminalização.

Instância formal de controle do crime, o Ministério Público se ocupa, principalmente, da função, considerada nuclear e fundamental, de deduzir a acusação e de promover o arquivamento das peças informativas.

Apesar de sua evidente importância criminológica, foi somente nos EUA, a partir dos anos 60, que os estudos sociológicos e criminológicos passaram a se ocupar dessa instância de controle, e somente nos anos 70 é que surgiram investigações na Alemanha, França e nos Países Baixos⁵³

⁵⁰Lei n. 9.099/95, artigo 61: *Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.*

⁵¹ Lei n. 9.099/95, artigo 89: *Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)..*

⁵² Lei n. 9.099/95, art. 88: *Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.*

⁵³DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 472-3.

Na América Latina, apenas nos últimos anos é que se tem notado que, juntamente com os movimentos de reforma da justiça penal, aparece a preocupação com o Ministério Público, manifestada em reformas já realizadas, em projetos em tramitação legislativa e nos debates travados acerca de seu futuro. Isso não tem sido acompanhado, porém, de discussão teórica de igual intensidade. É difícil apontar as causas dessa assimetria.

Os estudos feitos na América do Norte, já referidos, não têm sido objeto de muita atenção nos meios intelectuais latino-americanos e a dificuldade de diálogo com tal produção doutrinária já foi atribuída à íntima ligação do Ministério Público com o funcionamento global do Estado.⁵⁴

Atuando como *gate-keeper*⁵⁵ do sistema jurisdicional de resposta ao crime, sua importância no processo de seleção se deve ao fato de que, depois da agência policial, é ele o “responsável principal pela mortalidade dos casos criminais”.⁵⁶

A isso se deve acrescentar a relevância pragmático-política decorrente do fato de que é a ele que compete decidir, em última instância, se deve haver ou não uma reação da sociedade aos casos concretos.

As diferenças verificadas nos vários modelos de Ministério Público, desenvolvidos a partir das duas vertentes já mencionadas, não impedem, entretanto, o desenvolvimento de uma teoria geral do Ministério Público, com base sobretudo num conjunto significativo de aspectos comuns do ponto de vista funcional (objetivos de ação e critérios de decisão).⁵⁷

⁵⁴BINDER, op. cit., p. 67/8.

⁵⁵Literalmente: “guarda-cancela”

⁵⁶DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 471: exemplificando, na Alemanha, em 1970, de 3.100.000 feitos vindos da polícia, o MINISTÉRIO PÚBLICO mandou arquivar 72%.

⁵⁷IDEM, ibidem, p. 472 a 480.

Em qualquer caso, a ação ministerial se desenvolve acompanhada de conflitos fundamentais. Um deles diz respeito à defasagem existente entre a demanda criminal e os recursos que são postos à sua disposição para enfrentá-la; o outro está ligado à dimensão política de sua atuação, é independente de seu estatuto jurídico formal ou sociológico e diz respeito à exigência de atuar, simultaneamente, como polícia e como juiz⁵⁸.

Assim, na condição de operador de uma das instâncias do sistema penal, lugar em que se desenvolve o processo (político) da criminalização (seletiva), o Ministério Público não pode negar o caráter político de sua atuação.

Além disso, “Não há exercício de poder estatal que não seja político: ou é político ou não é poder.”⁵⁹

Essa dimensão política se manifesta em uma atuação com graus variáveis de *discrecionariade real*, característica comum aos vários Ministérios Públicos e que implica afirmar que, mesmo nos sistemas oficial ou formalmente orientados pela mais estrita *legalidade*, o Ministério Público opera com ampla margem de *discrecionariade real*.

Tomando como paradigmas as experiências norte-americana e alemã⁶⁰, DIAS e ANDRADE procederam uma análise do processo de

⁵⁸DIAS e ANDRADE, op. cit. p. 482.

⁵⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires : Ediar, 1989, p. 214.

⁶⁰Tanto do ponto de vista formal como real, a *plea negotiation* se apresenta como a forma mais expressiva de *discrecionariade real* do *prosecutor*. Críticas sérias são feitas à *plea negotiation*, chegando-se a afirmar que, por causa dela, não se pode dizer que o processo penal americano ainda observa os princípios da inocência e da verdade real. A *plea guilty* (declaração de culpa), por seu turno, implica a supressão do contraditório. Respondendo às demandas da massificação da criminalidade, o Ministério Público negocia fatos (e também o direito) em seus gabinetes e corredores dos tribunais, usufruindo de um conhecimento da prova que é vedado à defesa, podendo fazer uso do chamado *overcharging*, procedimento mediante o qual o Ministério Público atribui ao argüido a prática de crime mais severamente apenado com o objetivo de negociar e acabar concordando com uma acusação mais benigna. A conclusão aponta para uma atuação

seleção a cargo do Ministério Público da qual resultou este, no primeiro caso, como um sistema em que à *discricionariedade real* corresponde uma ampla discricionariedade formal, enquanto que a referência ao caso alemão tornou claro que um sistema de *legalidade formal* acaba por segregar um vasto campo de discricionariedade real.⁶¹

marcada pela desigualdade, insegurança e injustiça. Do estudo realizado emergiram muitos fatores de impacto na seleção a cargo do *prosecutor*. Para ele, o processo, teoricamente, é uma batalha em favor do povo que o elegeu, de modo que não pode perder os casos criminais em que atua, direcionando seus esforços e recursos funcionais para os casos de repercussão na opinião pública. Há que mencionar, ainda, a possibilidade de atuação crítica em relação à legislação penal, mediante a aplicação do *second code* do *prosecutor* antes do tribunal. A situação econômico-social do argüido também assume relevância, não somente por causa dos advogados que pode contratar, como também porque respeitabilidade e atitude de colaboração com a justiça são fatores que influenciam na disposição negocial. Assim, pobres, negros e todas as demais pessoas que correspondam ao estereótipo de delinqüentes, segundo as estatísticas, são mais freqüente e gravemente apenados pela via da *plea bargaining*.

Mas a seletividade não é avessa aos sistemas presididos pelo *princípio da legalidade*, como o alemão, no qual a resposta à massificação da criminalidade seguiu no sentido de evitar a *discricionariedade* do Ministério Público mediante a adoção de medidas como a descriminalização, o alargamento da aplicação das penas pecuniárias e também da iniciativa da vítima como condição de promoção processual e da aplicação de penas ou medidas alternativas à prisão, com a utilização de processo sumário (sem julgamento). Apesar disso, o Ministério Público alemão opera com uma discricionariedade real que transcende em muito os limites de sua discricionariedade formal e isso se deve à forma de organização, funcionamento e cumprimento de exigências que resultam em extensas zonas de discricionariedade de fato. Constatou-se, assim, que, *Também aqui, por isso, se verifica a existência de estruturas latentes que geram políticas diferenciadas de perseguição criminal e redundam em seleção da delinqüência*. Acentuadamente burocratizado, o Ministério Público alemão interage com o processo e não com o argüido e responde às solicitações policiais e eventuais pressões da vítima. Assim, sua atuação é, em larga medida, dirigida pelos outros. Seus domínios compreendem dois momentos: a investigação e a acusação (ou o arquivamento). Nesse sistema, embora o Ministério Público tenha a atribuição de atuar direta e ativamente no inquérito, limita-se, na prática, a aceitar passivamente os resultados da investigação realizada pela polícia. Promovendo o arquivamento dos casos de autoria desconhecida, a critério da polícia, o Ministério Público se livra de extensa carga de trabalho. Nos casos de autoria conhecida, porém, o Ministério Público aprecia a prova colhida pela polícia com grande autonomia, obedecendo a critérios que lhe são próprios. Estudos realizados com o fim de identificar tais critérios e de outras variáveis que influem nas decisões do Ministério Público indicam (...) *em primeiro lugar, que, apesar do princípio da legalidade, a apreciação da prova constitui a porta privilegiada pelo MP alemão para fazer penetrar o seu bias, as suas concepções político-criminiais e os seus estereótipos; em segundo lugar, que as decisões do MP nesta matéria acabam por ter eficácia seletiva, funcionando contra os argüidos oriundos dos grupos sociais mais desclassificados em termos de competência de ação* (DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 483-99).

⁶¹DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 483.

2.6. A atuação do Ministério Público no sistema penal brasileiro

O Ministério Público brasileiro, segundo evidenciado pelas funções que lhe são conferidas normativamente, conforme já explicitado, identifica-se com o alemão em muitos aspectos.

Também aqui o Ministério Público recebe da agência policial, como regra, a *noticia criminis*; ou seja, as informações a respeito dos casos criminais sobre os quais incidirá seu poder discricionário, decidindo sobre o arquivamento ou a promoção da ação penal.

Em toda a América Latina, segundo ZAFFARONI, as agências policiais, submetidas a uma organização disciplinar, embora constituindo serviço civil, exercem sobre a população um controle inteiramente discricionário e militarizado à margem de qualquer controle.

Desse modo, o processo de criminalização implica a prática de graves violações aos Direitos Humanos⁶².

Em conseqüência do complexo jogo de identidades artificialmente criadas pelo exercício de poder do sistema penal, surgem antagonismos entre os operadores de suas diversas agências.

⁶²Conforme ZAFFARONI, o sistema penal se volta contra seus próprios operadores, que sofrem um processo de deterioração de identidade. As agências judiciais deterioram a identidade de seus agentes, funcionando como *máquinas de burocratizar* ou de desumanizar:

A seleção recrutadora dos agentes e operadores das agências judiciais tem lugar, em regra geral, entre os setores médios e médios-baixos da população, ainda que eventualmente possa operar-se alguma excepcional seleção entre pessoas de classe média alta.

O processo de treinamento a que se os submete é igualmente deteriorante da identidade e é levado a cabo mediante uma paciente internalização de signos falsos de poder (solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa de outras agências, etc.).

*A introjeção destes signos de falso poder pode ter lugar ainda na própria universidade, mas o mais comum é que o treinamento comece na hierarquia inferior da própria agência (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas...*, p. 145-6).*

Tais antagonismos conduzem à recíproca atribuição de responsabilidade pelas falhas do sistema penal, as quais não passam de características estruturais deste último. Por isso, cada uma das agências do sistema passa a defender seu próprio exercício de poder, amuralhada e indiferente às demais e ao resultado final da operatividade do conjunto das agências.⁶³

O produto da seleção policial é recebido pelo Ministério Público, portanto, acriticamente e com escassa possibilidade de ampliação de seus resultados.

Contribuem para isso a disponibilidade de meios sempre inferior à demanda e também a ausência de disposição, sobretudo na maioria dos Ministérios Públicos estaduais, para tornar efetivo o comando constitucional que lhe impõe o controle externo da atividade policial.

Assim, tanto a chamada polícia judiciária como a polícia militar prosseguem realizando investigações secretas, originadas de denúncias anônimas e submetem suspeitos, vítimas e testemunhas a uma série de práticas inquisitoriais, produzindo provas sem as garantias da defesa e do contraditório e que, embora indispensáveis ao convencimento do Ministério Público, não contam com qualquer interferência deste, apesar de ser, legalmente, o destinatário do produto da atividade policial.

É possível que o Ministério Público, ao receber as informações policiais, determine sejam realizadas diligências complementares⁶⁴. Mesmo assim, a falta de controle sobre a atividade policial permite que tais

⁶³ZAFFARONI, 1989, p. 148-9.

⁶⁴Código de Processo Penal, art. 16: *O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito policial à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.*

diligências jamais sejam concretizadas ou que, mesmo sendo, não alcancem a finalidade pretendida.

Aplicando seu poder seletivo sobre o produto da seleção arbitrária de uma outra agência, cujo controle lhe compete legalmente exercer, mas a cuja atribuição vem se esquivando⁶⁵, o Ministério Público acaba tendo ele próprio, de certo modo, a sua própria atividade, seletiva e antecipadamente orientada.

É certo que a investigação a cargo da agência policial não é a única fonte de informações de que dispõe o Ministério Público como meio de se instrumentar para a deflagração da ação penal.

Desse modo, o inquérito policial é dispensável⁶⁶.

As deficiências estruturais já apontadas e um certo comodismo decorrente da burocratização que caracteriza a atuação da agência no campo penal, vêm impedindo, porém, que o Ministério Público, mediante o exercício de seu próprio poder de investigação⁶⁷, possa dispensar, como regra, o inquérito policial.

Pesquisa patrocinada pelo IDESP⁶⁸ e que buscou definir a auto-imagem do Ministério Público brasileiro, indica que seus integrantes têm consciência da influência exercida pelas deficiências estruturais em seu desempenho, mas ainda atribuem maior relevância ao desempenho de outros

⁶⁵A Constituição Federal, no art. 128, § 5º, confere ao Ministério Público da União e dos Estados a iniciativa das leis complementares destinadas a estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

⁶⁶Ver art. 12; 38, § 5º e 46, § 1º, todos do Código de Processo Penal.

⁶⁷Constituição Federal, art. 129, inciso VI.

⁶⁸A sigla designa o Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo e a pesquisa aqui referida e intitulada "O Ministério Público e a Justiça no Brasil" faz parte de um amplo projeto sobre ao sistema de justiça no Brasil, iniciado em 1993 (SADEK, Maria Tereza (org.). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo : Editora Sumaré, 1997).

operadores como determinantes da crise da Justiça que admitem existente no País.

Segundo ela, os membros do Ministério Público, embora concordando que há uma crise da Justiça no Brasil, apontam o Legislativo Federal (80% dos entrevistados) como o principal responsável pelo mau funcionamento da Justiça, seguido da Polícia Civil (71%). Apenas 25% dos integrantes do Ministério Público atribuem à própria instituição a responsabilidade pela crise da Justiça.

Mesmo assim, embora a falta de recursos materiais na polícia (91%) e seu mau desempenho (88%) tenham sido apontados como os mais importantes obstáculos ao bom funcionamento da Justiça no Brasil, a falta de recursos materiais no Ministério Público (84%) e no Judiciário (81%) também foram considerados obstáculos relevantes.

Coerentemente, 51% dos entrevistados concordaram com a proposta de transferir para o Ministério Público a direção da investigação policial como meio de melhorar o funcionamento da Justiça.

Mas é certo que simplesmente colocar o Ministério Público à testa da investigação criminal não significa contribuir para a atenuação do caráter seletivo do processo de criminalização.

Já foi ressaltado que não há agência do sistema penal imune às influências dos estereótipos próprios do senso comum e do *second code*, conquanto o sistema penal se integra num processo global de controle social.

O Ministério Público, como uma das agências desse sistema, também desempenha suas funções orientado pela seletividade claramente classista, ou seja, voltada para a criminalização dos mais desfavorecidos

economicamente enquanto contribui para a imunização das classes privilegiadas.

Desse modo, não será a mera presidência do inquérito que irá eliminar ou atenuar a violência seletiva do Ministério Público.

Por outro, pode-se identificar na tradição inquisitorial de nosso Processo Penal um sério obstáculo a qualquer tentativa de diminuir a arbitrariedade que o caracteriza.

Segundo KANT DE LIMA, os juristas brasileiros assim percebem os sistemas acusatório e inquisitório:

*Em geral, o sistema acusatório admite uma acusação, a qual é **investigada publicamente**, com a participação da defesa do acusado. Afirma-se um fato com o conhecimento do acusado, e, enquanto não se prova o fato, o acusado é **presumido inocente**. O processo propõe-se a fornecer ao juiz dados que o permitam convencer-se da culpa do acusado. A preocupação é sempre com o **indivíduo acusado**.*

*Já no sistema **inquisitorial**, de tradição romana e canônica, feita uma denúncia, até anônima, efetuam-se pesquisas sigilosas antes de qualquer acusação, não só para proteger a reputação de quem é acusado, **mas também para proteger aquele que acusa de eventuais represálias de um poderoso acusado**. À defesa do acusado este sistema contrapõe o **interrogatório** do suspeito, ao final das investigações sigilosas e preliminares, efetuadas sem o seu conhecimento; ao confronto público, os depoimentos secretos das testemunhas, preferindo-se as formas escritas às verbais. O sistema inquisitório não afirma o fato: **supõe sua probabilidade, presume um culpado e busca provas para condená-lo**. O sistema procura fornecer ao juiz **indícios** para que a **presunção seja transformada em realidade**. A preocupação, aqui, é com o interesse público lesado, protegendo-se aquele que se dispuser a colaborar para sua proteção.⁶⁹*

⁶⁹KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 10, vol. 4, jun/89, p. 68.

Embora nossa cultura constitucional, vinculada a princípios democráticos, professe sua adesão aos princípios que orientam o sistema acusatório, o Código de Processo Penal, afirmando que o *processo* segue o sistema *acusatório*, estabelece que será ele antecedido por um *procedimento extrajudicial*, presidido pela autoridade policial e de caráter *inquisitorial*.⁷⁰

Daí que conferir ao Ministério Público a direção do inquérito policial sem modificações na legislação processual penal, no sentido de dar cumprimento às disposições constitucionais relativas aos direitos e garantias individuais, não representa qualquer avanço rumo ao cumprimento das funções institucionais definidas na Constituição Federal/88.

O problema que se coloca ao Ministério Público é, portanto, de romper com a violência seletiva própria do sistema e isso, parece, somente será possível mediante a superação da atual ideologia que sustenta sua atuação.

Por outra parte, dispondo o Ministério Público, desde já e em face da disposição constitucional segundo a qual é da sua atribuição a expedição de “notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da respectiva lei complementar” (art. 129, inciso VI, da Constituição Federal), do poder de realizar a apuração de fato criminal de que tiver notícia, é preciso, conforme advertiu COSTA,

(...) refletir sobre os limites dessa apuração de fatos destinada à propositura da ação ou do arquivamento do procedimento. Os limites estão, evidentemente, na Constituição, nos direitos e garantias individuais. Os procedimentos, como aliás são todos os administrativos,

⁷⁰IDEM, *ibidem*, p. 68.

serão públicos e escritos. A contraditoriedade acontecerá, partindo da ampla defesa. Qualquer restrição à intimidade, ou à privacidade, será submetida e determinada pelo Poder Judiciário (art. 5º, X, XI, XII, XXXV, LV, LVI, LXVIII, LXIX, LXXII, a).⁷¹

De qualquer forma, ao receber a *notitia criminis*, independentemente de sua procedência, e fazer incidir sobre ela seu próprio poder discricionário, o Ministério Público está diante de um dos momentos da mais clara manifestação de seu poder criador de direito. É quando será decisiva a influência dos estereótipos sociais, dos preconceitos e das chamadas teorias de todos os dias, às vezes abertamente incorporados pelas normas penais e processuais penais que o orientam.

Sobre sua decisão de oferecer ou não a denúncia, terá importância a situação econômico-social do indiciado, cuja *respeitabilidade*, assentada na classe social a que pertencer, influirá na disposição do membro do Ministério Público para formar a *opinio delicti*.

A mídia, cumprindo seu papel de formação de opinião e de reprodução das relações de poder existentes na sociedade, mediante a utilização de artifícios vários além da difusão dos estereótipos de autores e de vítimas, tem sido um variável importante a condicionar a decisão do Ministério Público quanto a promover ou não a ação penal e a fazê-lo com maior ou menor brevidade.

Essa é uma variável que influi, ainda, em sua disposição para agravar desde logo a situação do imputado, ou minorá-la, segundo as tendências da opinião pública que supõe identificar através dos meios de comunicação de massa.

⁷¹COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 19, jul-set/97, p. 177.

A classificação que o Ministério Público dá à conduta atribuída na denúncia ao imputado tem grande importância não somente por condicionar o procedimento a ser seguido (com maior ou menor amplitude de defesa, maior ou menor duração), mas principalmente porque terá reflexos sobre a incidência de disposições legais de duvidosa constitucionalidade, como é o caso da chamada *lei dos crimes hediondos*⁷², de altíssima importância para os processos de seleção e estigmatização porque responde às demandas sociais inspiradas no paradigma etiológico para o qual, já foi exposto no primeiro capítulo, o delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social e o comportamento criminal representa o *mal* em oposição à sociedade personificadora do *bem*⁷³.

Por outro lado, a intervenção do juiz, “determinando” o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação em acatamento ao entendimento declinado pelo Ministério Público, em nada prejudica a atuação discricionária deste porque a decisão acerca do arquivamento ou do cabimento de ação penal será, em instância máxima, do próprio Ministério Público.

A discricionariedade que assim se manifesta na realidade empresta à titularidade da ação penal pública caráter *absoluto* e faz ressaltar que a *autonomia funcional* constitui o substrato político da função do Ministério Público, fazendo-se mais evidente quando este deixa de oferecer a denúncia⁷⁴.

⁷²Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990.

⁷³Conforme explicitado por BARATTA e mais extensamente desenvolvido no primeiro capítulo deste trabalho.

⁷⁴TEIXEIRA, Franciso Dias. A titularidade da ação penal e o arquivamento do inquérito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14. São Paulo, abr.jun./1996, p. 175-6.

À semelhança do modelo alemão, o ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que aderiu à tendência de separação entre o que se convencionou chamar de *pequena e média* e *grande* criminalidade, buscou assegurar a aplicação do princípio da legalidade, mediante a adoção do que se denomina *princípio da oportunidade regradada* ou da *discricionariedade regulada* ou *controlada*.⁷⁵

Assim, a partir da vigência da Lei n. 9.099/95, instaurou-se a possibilidade de transação penal. Uma de suas modalidades comporta a negociação, a ser travada entre o Ministério Público e o denominado *autor do fato*, mediante a qual este se sujeita ao cumprimento de uma medida restritiva de direito ou de conteúdo pecuniário e, em troca, o Ministério Público deixa de oferecer denúncia⁷⁶. Além disso, a denominada *composição civil*, realizada entre o autor do fato e o ofendido, com vista ao ressarcimento do dano decorrente da infração, é causa de extinção da punibilidade, nos casos de ação de iniciativa privada ou de iniciativa pública condicionada à representação, pois implica renúncia ao direito de queixa ou de representação.⁷⁷

De qualquer modo, a transação penal na modalidade de aplicação imediata de medida restritiva de direito ou multa somente terá lugar se o

⁷⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luis Flávio. *Criminologia* : introdução a seus fundamentos teóricos. Tradução e notas 1ª parte por Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 417 e 426.

⁷⁶ Lei n. 9.099/95, artigo 76: *Havendo representação, ou tratando-se de crime de ação pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.*

⁷⁷ Lei n. 9.099/95, artigo 74: *A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada, pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Ministério Público entender cabível a propositura da ação penal; em caso contrário, o arquivamento das informações será a alternativa legal.⁷⁸

O prestigiamento do princípio da legalidade não impede, tampouco entre nós, como se viu, a atuação *discricionária* e *seletiva* do Ministério Público no desempenho de suas atribuições na justiça penal.

Ignorados no exercício da atividade policial, porque essa agência não investiga todas as informações que recebe e, mesmo investigando, tem inteira liberdade para conduzir a investigação, porque orientada por seu próprio *second code*, os princípios da *legalidade penal* e *processual* também não são cumpridos pelo Ministério Público.

Responsável pela seleção que se realiza no momento em que se dá o primeiro contato entre a conduta desviada e a agência judicial, o Ministério Público contribui para o processo de criminalização seletiva a mediante a aceitação passiva do trabalho policial, produto de práticas inquisitivas e violentas cujo controle jamais exerceu (apesar da atribuição que lhe foi conferida constitucionalmente) e a tomada de decisões orientadas por estereótipos relativos a autores e vítimas e a um *second code*, ambos incorporados pela opinião pública e pelo discurso oficial.

Dessa forma, sua atuação se acha caracterizada por uma discricionariedade que, embora oficialmente controlada, opera na realidade de forma a reproduzir *desigualdade*, no lugar de promover a *igualdade*; a reproduzir *injustiça*, no lugar de promover a *justiça* e a violar a lei quando lhe compete promover a observância dela.

⁷⁸Lei n. 9.099/95, art. 76 *caput* : *Havendo representação ou tratando-se de crime de ação pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.*

CAPÍTULO III

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CRIMINALIZAÇÃO PATRIMONIAL

Tendo partido, no capítulo inicial, da descrição do funcionamento do sistema penal, para mostrar que se trata de um processo de criminalização presidido por uma lógica seletiva e estigmatizante, condicionadora de uma operatividade caracterizada pela traição aos ideais, oficial e dogmaticamente declarados, da legalidade, da igualdade e da justiça, no segundo capítulo, depois de nos aproximarmos das origens, da história do Ministério Público no Brasil e do estudo da seletividade que permeia sua atuação no campo da justiça criminal, chegamos às respostas para algumas das interrogantes que nos propusemos no presente trabalho.

Demonstrado, pois, que o Ministério Público brasileiro, inserido num processo produtor de criminalidade seletiva, ainda não conseguiu, apesar de ter sido, recentemente, objeto de significativa modificação em sua programação constitucional, adaptar-se a seu novo perfil, no presente

capítulo, depois de explicitada a ideologia informadora dos crimes patrimoniais e da menção aos tipos penais específicos, passamos à ilustração empírica da seletividade a partir dos dados colhidos nos dois últimos Censos Penitenciários brasileiros (1994 e 1995) e na atuação ministerial, através da análise de seu comportamento em relação às infrações praticadas em detrimento do patrimônio.

É da resposta à derradeira questão, isto é, como se pode empiricamente constatar, de modo ilustrativo, a seletividade (quantitativa e qualitativa) com que opera o Ministério Público na criminalização das ofensas ao patrimônio, que se vai tratar daqui em diante.

3.1. Os crimes contra o patrimônio

NOVOA MONREAL, refletindo acerca da *propriedade* e do *Estado*, afirmou que essas duas categorias, juntamente com a *família*, cobrem praticamente todo o substrato do direito.

Por isso, um estudo que tenha por objeto a propriedade e o Estado implica um profundo exame da maior parte dos fundamentos da organização jurídica de uma nação¹.

Embora não seja este o objetivo desta dissertação, não é possível enveredar pelo exame do comportamento de uma das agências do sistema penal no cumprimento de sua função seletiva em face da criminalidade patrimonial, ou seja, na distribuição desigual dessa criminalidade, sem tecer

¹NOVOA MONREAL, Eduardo. Propriedad y Estado. In: *Contradogmáticas*. Santa Cruz do Sul, v.2, n.4/5, 1985, p. 147.

considerações preliminares acerca da categoria *propriedade*, porquanto é de uma faceta da proteção ou tratamento dado pelo Estado à propriedade que se passará a tratar.

Acompanhando o pensamento do mesmo autor, pode-se considerar que, em sentido amplo, a idéia de propriedade expressa. “a forma pela qual o ser humano vê reconhecida sua possibilidade de aproveitar e dispor daquilo que lhe oferece a natureza e o mundo que o rodeia”.²

Por isso mesmo, tal idéia de propriedade precisa estar relacionada com o sistema econômico e com o regime social estabelecido, sem prescindir de explicações filosóficas e éticas.

Sendo as concepções político-econômicas que, antes do direito, informam qual o regime de aproveitamento dos bens que cada pessoa pode ter a sua disposição, ao longo dos vários períodos históricos surgiu uma variedade de formas desse aproveitamento: propriedade de todas as classe de bens ou restrita a alguns deles; propriedade da terra e dos produtos por ela fornecidos; propriedade individual ou propriedade coletiva; propriedade sobre o produto do trabalho pessoal ou sobre bens de outra procedência, etc.

Mas, definida tal forma de aproveitamento, o direito toma a si, como tarefa exclusiva, a determinação daquilo que é suscetível de apropriação individual.

O pensamento jusnaturalista ocupou-se apenas da propriedade privada, considerando-a uma exigência da personalidade humana, proporcionando-lhe a possibilidade de bastar-se a si mesma e de resistir à invasão dos bens em que se projeta sua personalidade tanto por parte de

²NOVOA MONREAL, ob.cit., p. 148.

outros indivíduos como do Estado: “A propriedade privada se converte, assim, em uma garantia essencial para a dignidade do homem, indispensável para que o ser humano possa desenvolver-se com a devida liberdade e segurança”.³

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tornou o direito de propriedade um direito *sagrado e inviolável* parte integrante dos *direitos naturais e imprescritíveis do homem* e valorizado politicamente a ponto de ser equiparado à liberdade, à segurança e à resistência à opressão. É, portanto, a idéia de um direito de propriedade dotado de caráter absolutista, que se porta como se não houvesse outra propriedade além da privada.⁴

FOUCAULT historiou o processo de afirmação dessa idéia e sua repercussão criminológica, concluindo que

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade de bens. O roubo tende a tornar-se a primeira das grandes escapatórias à legalidade, nesse movimento que vai de uma sociedade jurídico-política a uma sociedade de apropriação dos meios e produtos do trabalho. Ou para dizer as coisas de outra maneira: a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens -

³NOVOA MONREAL, ob.cit. p. 149.

⁴NOVOA MONREAL, ob. cit. P. 150.

transferência violenta das propriedades; de outro, a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer circular todo um imenso setor de circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação - margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciais: para as ilegalidades dos bens - para o roubo - os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos - fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares - jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo das ilegalidades dos direitos.⁵

A concepção absolutista de propriedade foi adotada pelas constituições ocidentais do século XXIX.⁶

O Código Penal brasileiro, de 1930, copiando o Código italiano de 1889, disciplina os atentados praticados em detrimento da propriedade sob a rubrica “crimes contra o patrimônio”, diversamente do anterior, de 1890, que os denominava “crimes contra a propriedade”.⁷ A orientação foi seguida pela legislação extravagante.

HUNGRIA, convindo que *patrimônio* e *propriedade*, na linguagem vulgar, são vocábulos sinônimos, acaba admitindo a filiação privatista do Direito Penal, pelo menos no que toca à proteção da propriedade, ao afirmar que “o direito penal, que, aqui, é meramente ‘receptício’ do direito privado,

⁵FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1987, p. 80.

⁶NOVOA MONREAL, ob.cit. p. 150

⁷COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1988, v. 2, p. 193.

não pode eximir-se ao idioma deste, para adotar uma acepção cuja latitude não é admitida na esfera jurídica privatística.”⁸

Daí que nosso Direito Penal, do ponto de vista normativo e dogmático, considera crimes contra o patrimônio os ilícitos penais que ofendem ou ameaçam qualquer bem, interesse ou direito, privado ou público, que tenham relevância econômica. Na defesa do patrimônio, o Direito Penal, segundo o mesmo autor, nada tem de constitutivo, apenas sanciona as normas do Direito Privado, reforçando sua tutela:

O objeto de lesão dos crimes patrimoniais são os mesmíssimos bens ou interesses jurídicos, ou direitos subjetivos de natureza patrimonial, já reconhecidos, definidos e regulados pelo direito privado. Ao alinhar os crimes contra o patrimônio, o direito penal não faz mais que selecionar, na vasta órbita do ilícito civil patrimonial, aqueles fatos que mais “intensamente” ofendem a regra de moral jurídica, revelando sério desajuste do agente com a ordem social, e para os quais, por isso mesmo, as meras sanções civis (ressarcimento, execução “in specie, restitutio in pristinum” anulação do ato, etc.) se apresentam como “insuficientes” (critério político ou oportunístico).⁹

Compreende-se, assim, que o Direito Penal, desenvolvido na esteira dessa tradição privatista, tenha dado relevo extremo à proteção da propriedade privada e que, através de sua realização no sistema penal, tenha se convertido em um direito desigual por excelência, por contribuir no processo de imunização das condutas típicas das classes proprietárias, em detrimento das classes despossuídas.

⁸HUNGRIA. Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1958, v. VII, p. 7.

⁹IDEM, *ibidem*, p. 8.

Percebe-se, também, que

A seletividade na distribuição da criminalidade constitui tema comum e central das teorias criminológicas fundadas no paradigma da reação social. Para algumas, a seleção chega a ser encarada como “justiça de classe”¹⁰, devido ao predomínio acentuado das classes dominadas nas estatísticas oficiais da criminalidade.¹¹

Os crimes contra o patrimônio, segundo a previsão do Código Penal brasileiro, nos Títulos II e III¹², são o furto (artigo 155); o roubo (artigo 157); o latrocínio (artigo 157, § 3º); a extorsão (artigo 158); a extorsão mediante seqüestro (artigo 159); a usurpação de coisa imóvel, de águas e o esbulho possessório (artigo 161 e seus dois parágrafos, respectivamente); a supressão ou a alteração de marcas ou sinais (artigo 162); o dano (artigo 163); a introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (artigo 164); o dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (artigo 165); a alteração de local especialmente protegido (artigo 166); a apropriação indébita (artigo 168); a apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, de tesouro e de coisa achada (artigo 169 e incisos I e II respectivamente); o estelionato (artigo 171); a duplicata simulada (artigo 172); o abuso de incapazes (artigo 173); o induzimento à especulação (artigo 174); a fraude no comércio (artigo 175); outras fraudes (artigo 176; 177; 178 e 179) e a receptação (artigo 180); os crimes contra a

¹⁰DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1992, p. 385/6.

¹¹CASTILHO, Ela Wiecko V. De. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeira nacional*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1998, p. 33.

¹²As condutas previstas nesse título e no seguinte integram o Anexo I, deste trabalho.

propriedade imaterial : violação de direito autoral (art. 184), usurpação de nome ou pseudônimo alheio (art. 185).

Tais são, pode-se dizer, os crimes patrimoniais por excelência, já que, conforme anotou HUNGRIA, alguns há que, embora lesando interesses patrimoniais, acham-se inseridos em outras rubricas em virtude de (a) necessidade de disciplina especial ou (b) ofensa a interesses outros de maior relevância (interesse da administração pública, da incolumidade pública ou da fé pública); embora dentre aqueles arrolados entre as ofensas ao patrimônio haja os que ofendem também interesses de importância maior que o patrimônio, como é o caso do roubo e da extorsão com resultado morte ou lesão grave.¹³

Na legislação extravagante também são previstas condutas ofensivas ao patrimônio, tanto público como privado.

Assim, a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária¹⁴, econômica e as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990¹⁵; a Lei nº 9.279, de 14.05.96, chamada *Lei de Patentes*, que confere proteção à propriedade industrial; a Lei nº 9.609, de 19.02.98, que dispõe sobre a propriedade intelectual de programas de computador.¹⁶

¹³ HUNGRIA, op.cit. , p. 12.

¹⁴ Ver Anexo II.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

3.2. As penas cominadas como indicativo da seletividade

A função seletiva do Ministério Público, uma das agências do controle social formal (penal), conforme já explicitado no primeiro capítulo, realiza-se dentro de uma dinâmica acionada pelo processo de criminalização.

No nível da criminalização primária (instância legislativa ou de produção das normas), são definidas quais as condutas e pessoas a serem criminalizadas.

É preciso estar atento, pois, para o fato de que o Direito Penal, como diz TAVARES,

(...) deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria de prática social e política, como resultado de certo processo de elaboração legislativa, onde a estrutura jurídica se afirma em suas relações com as forças sociais hegemônicas, atuantes no Parlamento. Hoje, pode-se dizer que a norma incriminadora não é um ente meramente abstrato e neutro, como pensava Kelsen, como forma exclusiva de imposição de deveres para a satisfação da ação própria de sancionar, mas o sucesso da interação dos interesses que se manifestam no processo de sua elaboração.¹⁷

O processo de formação da norma se realiza, conforme já foi constatado, completamente desvinculado de critérios inspirados pelos princípios constitucionais de defesa das liberdades individuais e do regime democrático.

Em decorrência disso, a elaboração das normas é um mero evento do jogo de poder praticado pelas forças hegemônicas atuantes no Parlamento,

¹⁷TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 0. Nov./1992, p. 75.

de modo que a norma deixa de exprimir o interesse geral para significar, muitas vezes, mera manifestação de interesses partidários, sem relação com as reais necessidades sociais¹⁸.

A seleção realizada na instância legislativa se processa, portanto, mediante a omissão (atipicidade) em relação a determinadas condutas, mesmo que altamente danosas ao interesse público ou individual (tais como aquelas que violam a ordem econômica que provocam dano ecológico em prejuízo de número indeterminado de pessoas); pela intensidade e pela espécie de pena adotada para cada conduta criminalizada.

Tragicamente, diz TAVARES, não são observados alguns princípios que deveriam orientar a o processo de elaboração da norma penal, os quais, senão garantem um sistema penal mais justo e mais legítimo, constituem, no seu conjunto, condição indeclinável de um Estado fundado na dignidade da pessoa humana, no respeito aos direitos humanos e na participação democrática.

Tais princípios, segundo ele, são os seguintes:

a) Proteção à dignidade da pessoa humana - a dignidade da pessoa, como valor inscrito na Constituição Federal¹⁹ e tendo como referente não

¹⁸ TAVARES, op. cit., p. 75-76.

¹⁹Constituição Federal, art. 1º: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:*

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

somente a elaboração do liberalismo burguês, mas como condição de cidadania;

b) Proteção do bem jurídico - enquanto referente a “valores concretos que tornem possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático”²⁰;

c) Necessidade da pena - como recurso último e único, indispensável para a proteção do bem jurídico;

d) Intervenção mínima - entendida como vinculação da elaboração legislativa ao respeito aos direitos humanos, para que os comportamentos sejam criminalizados apenas quando verificadas sua utilidade e eficácia para alcançar o objetivo pretendido;

e) Proporcionalidade - a ser observada pelo legislador em atenção ao dano social decorrente das respectivas condutas, mediante a adoção de critérios iguais para fatos iguais e mais rigorosos para condutas mais graves e vice-versa;

f) Teoria das categorias lógico-objetivas - pressupõe o conhecimento, por parte do legislador, da estrutura lógico-objetiva da conduta humana, objeto de valoração da norma penal, de modo a evitar leis penais de conteúdo confuso, a utilização de terminologia incompreensível para o leigo, a irrelevância do erro de proibição, etc.²¹

Como conseqüência da inobservância de critérios na formação da norma, a seleção a cargo da agência legislativa se mostra arbitrária, condicionada pelos interesses das forças hegemônicas que nela autam.

²⁰TAVARES, op. cit., p. 80.

²¹Para melhor elucidação dos princípios aqui apenas arrolados, ver TAVARES, op. cit., p. 75 a 87.

Tomando para análise comparativa, dentro da perspectiva que orienta o presente trabalho, os crimes de furto simples, previsto no *caput* do art. 155²² do Código Penal e o de lesão leve, previsto no *caput* do art. 129²³, do mesmo Código, ver-se-á que, desde o ponto de vista das definições legais, o interesse na proteção do patrimônio privado é prevalente sobre o interesse na preservação da integridade física ou da saúde da pessoa humana, pois, enquanto ao crime de furto (simples) é cominada a pena de um de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão e multa, a lesão corporal (leve) é apenada com 3 (três) meses a 1 (um) ano, de detenção.

A legislação que se ocupa da criminalização das condutas contra a ordem tributária é também indicadora de que é o patrimônio privado o bem jurídico a cuja proteção se direciona a criminalização primária.

Isso decorre do disposto no art. 34, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 que estabeleceu:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Não há disposição similar nas normas que regem as condutas ofensivas ao patrimônio privado.

Tendo sua atuação direcionada pela lei penal, em cujo processo de elaboração têm relevância a arbitrariedade e a seletividade, com preferência

²² Art. 155 *caput* do Código Penal : *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

²³ Art. 129 *caput* do Código Penal: *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.*

para a proteção dos interesses individuais sobre os sociais e dos interesses dos grupos mais bem situados na escala social em detrimento das classes economicamente mais frágeis, o Ministério Público cumpre suas funções junto ao sistema penal tendo suas decisões demarcadas por normas que, por se acharem em confronto com os princípios que fundamentam a República Federativa do Brasil, que se pretende um Estado Democrático de Direito, impõe-lhe a reprodução dessa mesma contradição.

3.3. Censo penitenciário - estatística oficial como indicativo da seletividade

O processo de criminalização a cargo do sistema penal, conforme já foi explicitado no primeiro capítulo, compreende a criminalização primária, ou a elaboração da lei, mediante a qual são selecionados bens jurídicos e tipos penais, definindo-se desde então qual o tipo de criminoso que será perseguido.

Na segunda etapa do processo, relativa à criminalização secundária, trata-se de aplicar a norma ao caso concreto. Entram em cena, em primeiro lugar, as agências policiais, escolhendo os casos que serão encaminhados ao Ministério Público, a agência que prosseguirá na seleção.

É aí que os estereótipos de autores e de vítimas assumem importância no processo de criminalização.

Desse modo,

(...) ao lado da igualdade formal da lei penal, convive a desigualdade substancial dos indivíduos perante o sistema penal. Tanto as agências policiais, os promotores, juizes e até mesmo o cidadão comum contribuem para as desigualdades, no momento em que formulam o estereótipo do criminoso, e a este estereótipo passam a perseguir. Por outro lado, concorrem outros fatores para o tratamento diferenciado pelo sistema penal, tais como o prestígio social, que favorece as pressões sobre os denunciadores e juizes, o poder aquisitivo para o pagamento de advogados renomados, a ausência de estereótipos que direcionem as agências policiais na perseguição de certos delitos, etc.²⁴

O resultado, também já foi enfatizado, é uma criminalidade marcada pelos estereótipos produzidos pelo senso comum, incorporados pelos operadores do sistema penal e concentrada nos estratos inferiores da sociedade, conforme se pode constatar pelos dados do Censo Penitenciário de 1994:

- presos homens: 96, 31%
- presos pobres: 95%
- presos sem condições de contratar advogado: 85%
- presos reincidentes: 35%
- idade média do preso: 53% com menos de 30 anos
- presos sem o primeiro grau completo: 87%
- presos negros e mulatos: 43%

A permanência de tais variáveis e a preferência pela perseguição aos crimes patrimoniais e próprios dos mesmos segmentos sociais é evidenciada pelo Censo Penitenciário de 1995, cujas conclusões apontam para:

²⁴NASPOLINI, Samyra Haydêe. *O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva*. Florianópolis : CPGD/UFSC, 1995. Dissertação de Mestrado, p. 28.

- presos homens: 95%²⁵
- roubo: 31,4%
- furto: 16,4%
- homicídio: 15,0%
- estupro e outros crimes contra os costumes: 6,9%
- outros crimes: 18,9%
- presos negros e mulatos: 43,4

Ponto culminante do processo de criminalização, a prisão é o lugar de punição de alguns, capturados menos para ser recuperados do que para simbolizar a face visível do sistema penal, aquela que precisa ser exposta para encobrir as funções realmente cumpridas por ele: reprodução e legitimação das desigualdades sociais, características do sistema capitalista.

A advertência formulada por FOUCAULT, no sentido de que um sistema penal deve “ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas”²⁶ se revela plenamente confirmada pelos números indicativos de nossa realidade prisional.

²⁵Segundo apurado pela última Contagem populacional, realizada pelo IBGE, no ano de 1996, as pessoas do sexo masculino residentes no país somavam 77.442.865 (ou 49,30%, aproximadamente); pertencendo ao sexo feminino 79.627.298 pessoas (ou 50,70%, aproximadamente). Fonte: IBGE - Contagem da População 1996 - Brasil (<http://www.ibge.gov.br/informacoes/censo96/defdpe/caract/Brtabl.htm>, capturado em 23.06.98).

²⁶ FOUCAULT, op. cit, p. 82.

3.4. A contribuição do Ministério Público na seletividade dos crimes contra o patrimônio

A seletividade característica da Justiça Criminal e reprodutora das linhas de fratura e de conflito predominantes, no plano macroscópico, na sociedade, já se disse, suscita a idéia de uma *justiça de classe*.²⁷

FOUCAULT também teve esta mesma percepção e assim resumiu a preferência do sistema penal pela distribuição da criminalidade junto às classes sociais mais desfavorecidas: “(...) a delinqüência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa.”²⁸

Operador do sistema penal junto à agência judicial e destinatário do trabalho da agência policial²⁹, orientado pelo princípio da obrigatoriedade, mas atuando com extensa margem de discricionariedade, o Ministério Público brasileiro se insere na lógica seletiva do sistema.

Desse modo, tem sua atuação condicionada pelas variáveis que informam suas atividades no campo da justiça penal que, genericamente identificadas nos capítulos anteriores, incluem as leis do *second code*, constituídos por mecanismos de seleção, ou seja, pelos estereótipos de

²⁷DIAS e ANDRADE, op. cit., p. 385/6

²⁸FOUCAULT, op. cit., p. 253.

²⁹ As teorias do *labeling* desenvolveram três teses importantes na análise crítica que, desde os anos 50, se acercam da função policial: (a) a polícia não “detecta” senão “cria” a criminalidade; (b) sua atuação é seletiva e discriminatória, guiada mais por determinadas variáveis sociais, como o *status*, que pelos méritos objetivos do infrator; (c) não é relevante estudar as causas do delito (paradigma etiológico), mas o processo seletivo e injusto de criminalização em que a polícia se acha inserida (GARCÍA-PABLOS, *Polícia e Criminalidade...*, p. 268-9).

autores e vítimas, pelas *teorias de todos os dias (every days theories)* e os processos relativos à sua própria estrutura organizacional (morosidade e desaparecimento, por exemplo)³⁰.

Mesmo lhe sendo facultado promover a ação penal prescindindo de investigação policial ou podendo ele próprio requisitar documentos e colher outras informações que permitam a dispensa do inquérito, é do trabalho policial que se nutre na imensa maioria dos casos.

Sua seleção incide, dessa forma, sobre o produto de uma outra seleção já realizada no nível da criminalização secundária, a seleção policial.

Relativamente à atuação na área criminal, na atribuição de promoção da ação penal, os números referentes à atuação do Ministério Público, no Estado de Santa Catarina, no período compreendido entre janeiro a outubro de 1996 foram, em quadro resumo, os seguintes³¹:

Inquéritos recebidos no período	23.103
Inquéritos recebidos no período anterior	5.029
Total	28.122
Inquéritos arquivados	8.465
Denúncias escritas oferecidas	8.502
Denúncias orais oferecidas	710
Total de denúncias oferecidas	9.212

³⁰A respeito, ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão se segurança...*

³¹SANTA CATARINA. Ministério Público. Relatório de atividades. Florianópolis, 1996.

Tipos penais denunciados (Código Penal):

Homicídios e abortos	593
Lesões corporais	843
Crimes de trânsito.....	693
Outros crimes contra a pessoa	304
Crimes contra os costumes	559
Crimes contra a família	34
Crimes contra a administração pública	290
Outros crimes	244
Furto	2.288
Roubo e extorsão	360
Estelionato e outras fraudes	1.614
Outros crimes contra o patrimônio	624
Total de denúncias por crimes contra o patrimônio	4.886

Tipos penais previstos em leis especiais:

Lei Anti-tóxicos:

Art. 12	546
Art. 16	601
Outros	45
Contravenções penais	345
Sonegação fiscal	106
Crimes previstos em outras leis especiais.....	311

Os dados acima indicam que 53,04% das denúncias oferecidas diziam respeito a crimes contra o patrimônio, enquanto 26,46% foram crimes contra a pessoa; 5,9% diziam respeito à imputação de tráfico de tóxicos; 3,14% relativas a crimes contra a administração pública e 1,15% a crimes de sonegação fiscal.

Os números referentes à atuação do Ministério Público, no Estado de Santa Catarina, no período compreendido entre janeiro a dezembro de 1997, foram os seguintes³²:

Inquéritos recebidos no período	30.011
Inquéritos remanescentes do período anterior	4.859
Total	34.870
Inquéritos arquivados	9.476 ³³
Denúncias escritas oferecidas	11.908
Denúncias orais oferecidas.....	1.713
Total de denúncias oferecidas	13.621
Tipos penais denunciados (Código Penal):	
Homicídios e abortos	719
Lesões corporais	1.086
Crimes de trânsito	921
Outros crimes contra a pessoa	361

³²SANTA CATARINA. Ministério Público. Relatório de atividades. Florianópolis, 1997.

³³O número diz respeito aos inquéritos policiais e outras peças de informação.

Total de denúncias por crimes contra a pessoa.....	3.087
Furto	3.500
Roubo e extorsão	746
Estelionato e outras fraudes	2.279
Outros crimes contra o patrimônio	980
Total de denúncias por crimes contra o patrimônio.....	7.505
Crimes contra os costumes	568
Crimes contra a administração pública	433
Outros crimes do Código Penal	245

Tipos penais previstos em leis especiais:

Lei Anti-tóxicos:

Art. 12	693
Art. 16	990
Outros	43
Contravenções penais	841
Ordem tributária	405
Ord. econômica, relações de consumo e economia popular	71
Crimes e contravenções ambientais	89
Crimes de abuso de autoridade	44

Analisados tais dados, vê-se que a seleção, tanto no plano quantitativo como no qualitativo, é uma constante na atuação do Ministério Público no campo penal.

Quantitativamente, fica evidenciado que, tendo sido promovido o arquivamento de 36,6 % de todas as peças de informação recebidas no período correspondente a janeiro a outubro de 1996 e 31,5% daquelas que lhe foram enviadas no período compreendido entre janeiro e dezembro de 1997, sua contribuição para o aumento da *cifra negra* nesta unidade da federação é expressiva.

No plano qualitativo, constata-se que, enquanto o Código de Defesa do Consumidor contém previsão de doze condutas típicas, o número de denúncias oferecidas nos dois últimos anos foi tão inexpressivo que sequer lhe foi destinado um item em separado; encampado que foi, em 1996, nos *crimes previstos em outras leis especiais* e, no ano de 1997, no item destinado aos crimes contra a ordem econômica e a economia popular, os chamados crimes de *colarinho branco*.

Assim se dá mesmo sendo as relações de consumo uma rotina na vida de todas as pessoas, qualquer que seja a classe social a que pertençam.

Esses dados reforçam, sem dúvida, o caráter classista do sistema penal; seu direcionamento para os despossuídos, dado que as condutas incriminadas pelo Código de Defesa do Consumidor são, de regra, próprias das pessoas pertencentes às classes média e alta (comerciantes, profissionais liberais, industriais, etc.)

A manifestação mais nítida de que a atuação do Ministério Público se acha orientada, precipuamente, para a perseguição da criminalidade própria

dos estratos sociais mais desfavorecidos economicamente se localiza na enorme diferença observada, mediante a comparação entre os números que representam sua iniciativa na promoção da ação penal, entre os dados relativos à criminalidade típica dos pobres (furto, por exemplo) e a criminalidade característica das classes média e alta (sonegação fiscal, consumidor, crimes de trânsito, etc.).

Constatou-se que, de todas as denúncias oferecidas por crimes contra o patrimônio, no ano de 1996, 46,8% diziam respeito a furto; enquanto que, no ano de 1997, elas alcançaram o percentual de 46,6%.

Em 1996, 24,8% do total de denúncias oferecidas corresponderam ao crime de furto e, no ano de 1997, do total de denúncias oferecidas, o percentual relativo ao furto foi de 25,7%.

Os números dos crimes típicos das classes média e alta podem ser considerados de pouca expressão: apenas 1,5% das denúncias oferecidas no ano de 1996 e 2,9% daquelas referentes ao ano de 1997 diziam respeito a crimes contra a ordem tributária; os crimes de trânsito perfizeram 7,5% das denúncias e, somadas aquelas que diziam respeito a crimes contra a ordem econômica, as relações de consumo e economia popular, oferecidas no ano de 1997, chega-se ao percentual de 0,5% do total.

O dano social decorrente dos crimes contra a ordem tributária, que alcança o interesse público mais amplo, é por certo incomparavelmente mais grave que o dano causado ao interesse privado que informa o crime de furto, a conduta típica mais perseguida (denunciada) pelo Ministério Público.

A magnitude dos crimes cometidos no trânsito pode ser aferida pelos dados colhidos pelo DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito .

Segundo seus levantamentos, fornecidos pela Associação Brasileira dos Detrans (ABDETRAN), no ano de 1995 aconteceram 9.148 acidentes com vítimas, no Estado de Santa Catarina. Dessas vítimas, 1.407 foram fatais, enquanto 16.816 pessoas receberam ferimentos que não as levaram a óbito. No ano de 1996, foram 10.903 os acidentes dos quais resultaram vítimas. No mesmo período, as vítimas fatais foram 1.435 e as não fatais somaram 13.826³⁴.

A desproporção entre a quantidade de acidentes com vítimas e as condutas consideradas merecedoras de perseguição por parte do Ministério Público - apenas 693, no ano de 1996, e 921, em 1997, conforme dados dos relatórios anteriormente mencionados - evidencia que, mesmo levando em conta o poder de seleção da agência policial que o antecede, o Ministério Público dá continuidade à seletividade classista caracterizadora do sistema penal.

Por outro lado, tomados os números referentes aos crimes de abuso de autoridade, (0,3% de todos os tipos penais denunciados no ano de 1997), constata-se não somente a baixa incidência dessas condutas entre aquelas que motivaram a iniciativa da ação penal, em flagrante contraste com as informações da mídia, que indicam uma freqüência não refletida nos relatórios analisados, mas também que, omitindo-se na realização do controle da atividade policial, o Ministério Público faz uso de seu poder seletivo para imunizá-las.

³⁴ Associação Brasileira dos DETRANS - ABDETRAN - <http://www.abdetran.com.br/intertran/esta...> (capturado em 01.12.98, 18:04)

Embora o abuso da autoridade não seja exclusividade dos operadores da agência policial, sabe-se que essa agência direciona seus esforços para o controle da parcela da população economicamente mais frágil.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a violência policial resulta impune (integrando a *cifra negra*), a imunização dessa violência se constitui em mais um indicador do caráter classista da seletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema criminal como objeto de saber sistematizado mereceu, na Modernidade, atenção sem precedentes na história do pensamento ocidental.

Paralelamente com o nascimento do Estado moderno, assim entendido o estado liberal, ou aquele que pretendeu assumir o monopólio da violência e do Direito na sociedade, desenvolveu-se a Escola Clássica, preocupada em garantir a liberdade individual contra o poder estatal e tornando possível o surgimento da Criminologia.

O direito de punir assentou suas bases no contrato social; concebeu-se o crime como ente jurídico; a responsabilidade penal como derivada do livre arbítrio e a pena com função retributiva/preventiva.

O esforço desenvolvido no sentido de aplicar o método experimental em Criminologia marcou o nascimento da Escola Positiva. Tomando o delinqüente por objeto, a Criminologia Positivista ou Etiológica partiu da premissa de que o crime é um fato natural, sendo, portanto, possível quantificá-lo objetivamente, ou seja, descobrir as leis gerais que orientam a

causalidade ou determinismo criminal. Responsável perante a sociedade, o criminoso será o inimigo, o alvo da reação social (pena).

Defesa social e prevenção conjugaram-se para dar origem à idéia de periculosidade e esta leva à concepção da pena com sentido recuperador.

Adotando o chamado paradigma etiológico, a Criminologia Positivista dedicou-se à identificação do criminoso (quem) e das causas do crime (porque) e ainda se mantém vigente, instrumentando os sistemas penais e a política criminal oficial.

As investigações que se realizaram no âmbito da Criminologia, intensificadas desde os anos 60, deslocaram a atenção dos estudiosos para o sistema penal (dos controlados aos controladores) e levaram à superação do paradigma etiológico pelo paradigma da reação social.

Tais análises desenvolveram-se a partir da tese de BECKER de que o crime não é algo que existe *em si*, constituindo-se em criação da sociedade, ou seja, produto da reação social a determinados atos das pessoas.

Concomitantemente, processaram-se os estudos críticos sobre a Dogmática Penal que, embora oficialmente comprometida com o ideário liberal e afirmando-se uma ciência neutra e prática, ao ser submetida ao que ANDRADE chamou de *controle funcional*, revelou-se como ideologia político-penal, portadora de uma promessa racionalizadora/garantidora declarada jamais cumprida. Instância interna do sistema penal, a Dogmática Penal se insere em sua lógica de funcionamento, convertendo-se, por isso, em instrumento de racionalização da desigualdade, da injustiça e da insegurança jurídica; cumprindo, pois, funções reais invertidas em relação às funções oficialmente declaradas.

Tudo isso evidenciou que a criminalidade é um *processo político* próprio do controle social, realizado num *continuum* que integra as instâncias formais e informais.

Trata-se, porém, de um processo de *seleção e estigmatização* que, com *regularidade*, distribui a criminalidade de forma *desigual* entre os vários estratos sociais que compõem qualquer sociedade.

Seu produto é uma *minoría* reiteradamente capturada e utilizada simbolicamente para demonstrar a eficácia do sistema penal; enquanto a *maioría* da população, embora tão ou mais criminosa do que a “clientela” cativa do sistema, segue imune ao processo.

À Justiça criminal passou-se a chamar *justiça de classe*, porque recrutadora de *criminosos*, com prevalência esmagadora nas classes menos favorecidas economicamente.

A *seletividade* do sistema penal, cobrindo os níveis de criminalização *primária* e *secundária*, revelou-se uma constante orientada por um código social (*second code, basic rules*), cujos mecanismos mais importantes são os estereótipos (de autores e de vítimas) e as teorias denominadas *de todos os dias*.

As investigações que revelaram a impunidade dos *crimes de colarinho branco*, o papel criador dos agentes do sistema penal e a cifra negra da criminalidade foram fundamentais à compreensão do funcionamento seletivo do sistema penal.

A seletividade característica do sistema penal conduziu, ainda, à crítica sobre o Direito Penal, desnudando o mito do Direito Penal igualitário, ao mostrar que a punição das ofensas aos bens essenciais ocorre de forma desigual (privilegiando determinados grupos sociais) e

fragmentária, e que a distribuição do *status* criminal não tem relação com a gravidade do dano social ou da infração, mas com a posição ocupada pelas pessoas na escala social.

Direito *desigual por excelência*, caracterizado por consagrar uma igualdade formal de sujeitos de direito e uma desigualdade substancial entre os indivíduos, o Direito Penal se presta à realização de uma seleção *quantitativa* (devida à defasagem existente entre a programação penal e as condições em que esta se operacionaliza) e *qualitativa* (relativa a infrações específicas e conotações sociais de autores e vítima).

Buscando legitimar-se pela *legalidade*, tornou-se instrumento de violação dessa mesma legalidade, tanto *penal* como *processual*.

Em decorrência dessa operatividade seletiva e também por causa da “construção” de uma realidade que separa as pessoas de seu ambiente, o sistema penal tornou-se produtor de *injustiça*, resultado que assumiu, na América Latina, proporções genocidas.

O Ministério Público, como uma das instâncias do controle social formal, embora devendo suas origens mais remotas a funcionários incumbidos de fazer valer o poder real, apresenta-se modernamente como *filho da democracia clássica e do Estado de Direito*.

Apesar de apresentar diferenças nacionais verificáveis nos planos jurídico-formal, orgânico e sociológico, o Ministério Público, segundo indicaram as investigações ainda recentes que se realizam sobre ele, acha-se orientado pelos princípios processuais da *legalidade* e da *oportunidade*, utilizados para imprimir uma maior ou menor discricionariedade em sua atuação no campo criminal.

No Brasil, a instituição desenvolveu-se a partir da programação que lhe dedicou a Constituição Federal de 1934, conhecendo, desde então, avanços e retrocessos relativamente à ascendência sobre ele exercida pela chefia do Poder Executivo.

A década de 80, ponto de culminância das transformações conhecidas pela sociedade e pelo Estado brasileiros, foi, também, o período em que o Ministério Público brasileiro viu delinear-se, de modo progressivo, seu novo papel institucional.

O processo de identificação do Ministério Público, no plano normativo, com a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em contraposição à sua trajetória histórica de *procurador do rei*, culminou com a Constituição Federal de 1988.

A partir dela, a instituição viu grandemente atenuada sua vinculação com o Poder Executivo e, mais importante, recebeu uma nova programação constitucional.

Essa programação significou não só a consagração de uma maior amplitude em sua área de atuação, antecipada e gradativamente definida no plano infra constitucional, mas um deslocamento de seu papel na complexa estrutura estatal.

Viu-se, então, o Ministério Público brasileiro, definido como guardião do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, ao mesmo tempo, continuou encarregado de promover, privativamente, a ação penal pública; da realização de investigações administrativas; de exercer o controle externo da atividade policial e de determinar a realização de diligências e investigações policiais.

A programação dogmática orientadora dessas atividades, a serem exercidas junto ao sistema da justiça penal, não sofreu, todavia, qualquer alteração e lhe comete duas funções fundamentais: promover a ação penal (parte) e atuar como fiscal da lei.

A contraditória posição de *parte instrumental* ou *imparcial* (neutra) segue caracterizando a atividade criminal do Ministério Público, que se guiará pelo princípio da *obligatoriedade*. Embora admitida sua condição de senhor da ação penal pública (*dominus litis*), quer-se que sua atividade, como regra, seja *obrigatória* (sem discricionariedade) e que não tenha ele o poder de *dispor* da ação penal.

Ao se analisar, porém, o real funcionamento do Ministério Público, a partir das mesmas teorias que têm realizado a crítica sobre o sistema penal, verifica-se que, qualquer que seja o modelo adotado, com prevalência da *legalidade* (obligatoriedade) ou *discricionariedade*, o Ministério Público se revela portador de uma funcionalidade real invertida em relação ao princípio oficial orientador.

Assim, inobstante a adoção da *discricionariedade* (real), a prática revela uma atuação marcada por uma discricionariedade amplamente *formal*; enquanto que a opção pela *legalidade* não impede o emprego de ampla discricionariedade (real).

Esse é um dos indicadores seguros de que o Ministério Público, sem nenhuma dessemelhança com os demais agentes do sistema penal, atua no processo de criação da criminalidade cumprindo função seletiva.

Essa atuação seletiva apresenta-se com duas faces: de um lado, serve à criminalização dos estratos sociais mais débeis, de outro, à imunização das classes economicamente mais favorecidas.

Assim, em resposta, ainda que provisória, às duas primeiras interrogantes propostas ao início deste trabalho, pode-se dizer que, orientado por uma programação dogmática elaborada com a função declarada de garantir racionalidade e igualdade no exercício do poder de punir, mas portadora de eficácia invertida, porque produtora de desigualdade e violência; inserido num sistema de controle formal cuja operacionalidade se caracteriza por aceitar os estereótipos e reproduzir os preconceitos e privilégios do sistema de controle informal, o Ministério Público brasileiro, nascido para servir de garante da liberdade (ou fiscal da lei enquanto limite do poder estatal) e programado constitucionalmente para exercer a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do regime democrático, não pôde, até aqui, cumprir tais funções.

Porta-se, porém, como um prestidigitador: aparentando um poder que não tem (criminalizar todos os infratores) enquanto oculta seu verdadeiro e real poder, que é o de selecionar, na porta de entrada para a agência judicial, os autores e vítimas que servirão para a reprodução e manutenção da desigualdade e da injustiça que caracterizam as relações sociais na sociedade brasileira.

A operatividade seletiva do sistema penal pode ser constatada empiricamente até mesmo nas estatísticas oficiais, pelas quais se confirma não somente o estereótipo do criminoso (homem, jovem e pobre), mas também a preferência pela criminalização das ofensas ao patrimônio *privado*, em detrimento da persecução a condutas altamente danosas aos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Nesse sentido, para responder à derradeira questão que conduziu esta pesquisa, observa-se que, apesar dos avanços verificados na definição de

propriedade, com relevo para sua função social e com conseqüências sobre a necessidade de cuidados que se refletem sobre a qualidade de vida da população em geral, o Ministério Público, como todos os demais agentes do sistema penal, atua voltado preponderantemente para a criminalização dos crimes contra o patrimônio privado, permanecendo aferrado a uma postura própria de sua anterior matriz política, o Estado Liberal, e incompatível com as novas funções que, no plano constitucional, o Estado vem assumindo, com claro sentido social e que o transformaram de Estado abstencionista (ou Estado Gendarme) em Estado Interventor (ou Benfeitor) ou Estado Social.

ANEXO I

CÓDIGO PENAL

TÍTULO II DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

CAPÍTULO I DO FURTO

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (§ 5º acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996).

Art. 156 - Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º - Somente se procede mediante representação.

§ 2º - Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.

CAPÍTULO II DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (* inciso IV acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (* inciso V acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996).

§ 3º - Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º - Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 160 - Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

CAPÍTULO IV DO DANO

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem:

I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;
 II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2º - Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3º - Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Art. 162 - Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Art. 164 - Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa.

Art. 165 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 166 - Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

CAPÍTULO V DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.

CAPÍTULO VI

DO ESTELIONATO DE OUTRAS FRAUDES

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Art. 172 - Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.

Art. 173 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo

qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 174 - Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruínosa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1º - Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2º - É aplicável o disposto no art. 155, § 2º.

Art. 176 - Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Art. 177 - Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1º - Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I - o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II - o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

III - o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral;

IV - o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;

V - o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade;

VI - o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios;

VII - o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer;

VIII - o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII;

IX - o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao Governo.

§ 2º - Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembléia geral.

Art. 178 - Emitir conhecimento de depósito ou warrant, em desacordo com disposição legal:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

CAPÍTULO VII DA RECEPÇÃO

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.

§ 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

(* § 5º acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996)

§ 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro. (* § 6º acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996).

CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES GERAIS

TÍTULO III DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Art. 184 - Violar direito autoral:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º - Se a violação consistir em reprodução, por qualquer meio, com intuito de lucro, de obra intelectual, no todo ou em parte, sem a autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma ou videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) a Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

§ 2º - Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com intuito de lucro, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral.

§ 3º - Em caso de condenação, ao prolatar a sentença, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa.

Art. 185 - Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Os crimes contra o “privilégio de invenção”, assim considerados a violação de privilégio de invenção a falsa atribuição de privilégio, a usurpação ou indevida exploração de modelo ou desenho privilegiado e a falsa declaração de depósito em modelo ou desenho foram revogados pelo art. 244 da Lei nº 9.279, de 14-05-96.

Os crimes de violação do direito de marca, uso indevido de armas, brasões e distintivos públicos, marca com falsa indicação de procedência e concorrência desleal, colocados sob a rubrica “dos crimes contra s marcas de indústria e comércio”, também foram revogados pelo art. 244 da Lei nº 9.279, de 14-05-96.

As disposições penais da Lei n. 9.279 integram o anexo II.

ANEXO II

LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996.

Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

TÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA AS PATENTES

Art. 183. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - fabrica produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade, sem autorização do titular; ou

II - usa meio ou processo que seja objeto de patente de invenção, sem autorização do titular.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patenteado; ou

II - importa produto que seja objeto de patente de invenção ou de modelo de utilidade ou obtido por meio ou processo patenteado no País, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 185. Fornecer componente de um produto patenteado, ou material ou equipamento para realizar um processo patenteado, desde que a aplicação final do componente, material ou equipamento induza, necessariamente, à exploração do objeto da patente.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 186. Os crimes deste Capítulo caracterizam-se ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA OS DESENHOS INDUSTRIAIS

Art. 187. Fabricar, sem autorização do titular, produto que incorpore desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 188. Comete crime contra registro de desenho industrial quem:

I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, objeto que incorpore ilicitamente desenho industrial registrado, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão; ou

II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou

II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou

II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES COMETIDOS POR MEIO DE MARCA, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E SINAL DE PROPAGANDA

Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou expõe ou oferece à venda produtos assinalados com essas marcas.

CAPÍTULO V

DOS CRIMES CONTRA INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E DEMAIS INDICAÇÕES

Art. 192. Fabricar, importar, exportar, vender, expor ou oferecer à venda ou ter em estoque produto que apresente falsa indicação geográfica.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 193. Usar, em produto, recipiente, invólucro, cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos

retificativos, tais como tipo, espécie, gênero, sistema, semelhante, sucedâneo, idêntico, ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do produto.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Art. 194. Usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

CAPÍTULO VI DOS CRIMES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público,

CAPÍTULO VII

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 196. As penas de detenção previstas nos Capítulos I, II e III deste Título serão aumentadas de um terço à metade se:

I - o agente é ou foi representante, mandatário, preposto, sócio ou empregado do titular da patente ou do registro, ou, ainda, do seu licenciado; ou

II - a marca alterada, reproduzida ou imitada for de alto renome, notoriamente conhecida, de certificação ou coletiva.

Art. 197. As penas de multa previstas neste Título serão fixadas, no mínimo, em 10 (dez) e, no máximo, em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, de acordo com a sistemática do Código Penal.

Parágrafo único. A multa poderá ser aumentada ou reduzida, em até 10 (dez) vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior.

Art. 198. Poderão ser apreendidos, de ofício ou a requerimento do interessado, pelas autoridades alfandegárias, no ato de conferência, os produtos assinalados com marcas falsificadas, alteradas ou imitadas ou que apresentem falsa indicação de procedência.

Art. 199. Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública.

.....

Art. 243. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação quanto às matérias disciplinadas nos arts. 230, 231, 232 e 239, e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos.

Art. 244. Revogam-se a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, a Lei nº 6.348, de 7 de julho de 1976, os arts. 187 a 196 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, os arts. 169 a 189 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, e as demais disposições em contrário.

Brasília, 14 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- _____. Dogmática e controle penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: *Teoria do Direito e do Estado*. ROCHA, Leonel Severo (Org.). Porto Alegre : Fabris, p. 121-136, 1994.
- _____. Violência Sexual contra as Mulheres e Sistema Penal: Proteção ou duplicação da vitimação feminina? In: *Revista Seqüência*, n. 33, Florianópolis, Editora da UFSC, p.87 a 114, dez. /1996.
- _____. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no sendo comum. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr.-jun./1996.
- _____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- ARDAILLON, Daneille, DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília : Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/Ministério da Justiça, 1987.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, p. 28-63, 1982.
- _____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia Jurídico-penal*. Tradução do original italiano por Juarez Cirino dos Santos, CPGD/UFSC, 1993.

- _____. Funções instrumentais simbólicas do direito Penal. Lineamento de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 5. p. 5-24, jan./mar. 1994.
- BECKER, H. *Outsiders*. New York : The Free Press, 1991.
- BERGALLI, Roberto. *Crítica a la criminología*. Bogotá : Editorial Temis Librería, 1982.
- BINDER, Alberto. Funciones y disfunciones del ministerio publico penal. In: *El Ministerio Publico para una nueva justicia criminal*. Vários autores. Santiago do Chile : Corporación de Promoción Universitaria, p. 65-88, 1994.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Tradução por Luis Guerreiro Pinto Cacaís et al. Brasília : UNB, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá : Editorial Temis, 1993.
- CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão do Ministério Público à luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre : Fabris, p. 77-129, 1986.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. De. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeira nacional*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1998.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria do crime*. São Paulo : Acadêmica, 1993.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O Ministério Público na organização constitucional brasileira. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 84, p. 167-214, out./dez. 1984.

- COSTA JUNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo : Saraiva, 1988, v. 2.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. Vol. 19, p. 171-178, jul-set/97.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Coimbra, 1992.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo : Perspectiva, 1983.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. história da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1987.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luis Flávio. *Criminologia : introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução e notas 1ª parte por Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Polícia e Criminalidade no Estado de Direito. Trad. de William Terra de Oliveira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 17, p. 257-276, jan.mar./1997.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia*. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.smmp.pt/goulart.htm>. Arquivo capturado em 06.04.98.
- HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, 1993.
- HULSMAN, Louk, Práticas punitivas: um pensamento diferente. Uma entrevista com o abolicionista penal Louk Hulsman. MARTEAU, Juan Felix. Tradução do inglês por Helena Singer. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 14.p. 13-26, abr./jun. 1996.

- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1958, v. VII.
- KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 10, vol. 4, jun/89, p. 65-84.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1987.
- MACHADO, Antonio Alberto, GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1992.
- MAIER, Julio B.J. El ministerio público: ¿ un adolescente? In: *El ministerio público em el proceso penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc S.R.L., p.17-36, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo : Saraiva, 1980, vol. 2.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- _____. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da lei orgânica nacional do Ministério Público, aprovada pela lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- MENEZES, Lino Edmar de Menezes. Notas sobre o Ministério Público. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Fortaleza, n. 33, p. 183-188, 1992/1993.
- MONREAL, Ricardo Rivadeneira. El Ministerio Fiscal en España. In: *Ministerio Publico para una nueva justicia criminal*. Santiago do Chile : Corporación de Promoción Universitaria, 1994, p. 11-63.
- NASPOLINI, Samyra Haydêe. *O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva*. Florianópolis : CPGD/UFSC, 1995. Dissertação de Mestrado.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. Atualizada por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. São Paulo : Saraiva, 1990.

- NOVOA MONREAL, Eduardo. Propriedad y Estado. In: *Contradogmáticas*. Santa Cruz do Sul, v.2, n.4/5, 1985, p. 147-170.
- ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: *El ministerio público em el processo penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc S.R.L., p.37-57, 1993.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo : Editora Sumaré, 1997.
- SILVA, Benedito et al. *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo : Saraiva, 1997.
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.0, p. 75-97, nov./1992.
- TEIXEIRA, Franciso Dias. A titularidade da ação penal e o arquivamento do inquérito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 174-182, abr.jun./1996.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Atualizado por Adlaberto José Q. T. De Camargo Aranha. São Paulo : Saraiva, 1997, v. 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997, v. 1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (primer informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina* (segundo informe). Buenos Aires: Depalma, 1984.
- _____. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires : Ediar, 1.989, 296 p.

OUTRAS PUBLICAÇÕES

BRASIL. Censo Penitenciário. Brasília, 1995.

BRASIL. Censo Penitenciário. Brasília, 1996.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Contagem da população 1996 (<http://www.ibge.gov.br/informacoes/censo96/defdpe/caract/Brtab1.htm>, capturado em 23.06.98).

SANTA CATARINA. Ministério Público. Relatório de atividades. Florianópolis, 1996.

SANTA CATARINA. Ministério Público. Relatório de atividades. Florianópolis, 1997.