

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Coordenação de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito, Estado e Constituição**

**DESLEGITIMADO PELOS PRÓPRIOS FATOS:
SOBRE A REAL FUNCIONALIDADE DO DISCURSO
JURÍDICO PENAL EM CASOS DE FURTO NO DISTRITO
FEDERAL**

MARIA GABRIELA VIANA PEIXOTO

Brasília, setembro de 2009.

MARIA GABRIELA VIANA PEIXOTO

**DESLEGITIMADO PELOS PRÓPRIOS FATOS:
SOBRE A REAL FUNCIONALIDADE DO DISCURSO
JURÍDICO PENAL EM CASOS DE FURTO NO DISTRITO
FEDERAL**

Dissertação submetida à
Universidade de Brasília (UnB)
como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em
Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Professora Doutora
Ela Wiecko Volkmer de
Castilho.

Brasília, setembro de 2009.

MARIA GABRIELA VIANA PEIXOTO

**DESLEGITIMADO PELOS PRÓPRIOS FATOS:
SOBRE A REAL FUNCIONALIDADE DO DISCURSO
JURÍDICO PENAL EM CASOS DE FURTO NO DISTRITO
FEDERAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, ____ de outubro de 2009.

Banca examinadora:

Presidente: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho (UnB)

Membro: Professora Doutora Cristina Maria Zackseski (Uniceub)

Membro: Professor Doutor Valcir Gassen (UnB)

Membro Suplente: Eugenio José Guilherme de Aragão (UnB)

A minha querida amiga Fábi.

AGRADECIMENTO

Agradeço imensamente a todos os pesquisadores do Grupo Candango de Criminologia - GCCRIM, afinal este trabalho é fruto de nosso trabalho, de nossas reflexões e de nosso ideário.

RESUMO

Qual é o critério-guia para a escolha de quais condutas serão criminalizadas? Qual função o direito penal cumpre perante essas condutas? O que se objetiva com a punição destas? É o discurso jurídico-penal que assume a incumbência de dar respostas a essas perguntas, tendo como meta a legitimação não só do direito penal, mas do sistema de justiça criminal como um todo. Assim, objetivando problematizar o discurso jurídico-penal acerca da finalidade do direito penal em proteger os bens jurídicos objetos do tipo penal de furto foram selecionados dados de pesquisa documental realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCrim), da Universidade de Brasília (UnB) – do qual a autora é integrante –, cujo tema proposto consistiu a avaliação da eficácia das medidas alternativas no Distrito Federal. Dessa forma, a partir da perspectiva criminológica crítica, a análise dos dados da pesquisa documental analisou como o discurso que pretende legitimar o direito penal, justificando-o no mundo e racionalizando a programação prevista para a criminalização primária, não se esgota em si mesmo, não incorpora as limitações nem os excessos do exercício de poder operado pelas agências formais e informais de controle do sistema penal. Demonstrou-se que, embora o discurso jurídico-penal pretenda imprimir legitimidade ao direito penal lhe atribuindo finalidade positiva – ao discorrer acerca da proteção e defesa da sociedade, ao proclamar funções promissoras à pena e ao estabelecer regras, técnicas e limites para guiar sua aplicação – ainda assim ele é irracional. Se se espera coerência interna desse discurso ou verdade quanto à sua operatividade, o presente estudo, ao confrontar o discurso jurídico-penal diante da prática, evidenciou sua irracionalidade no processamento do furto no Distrito Federal. E mais, a pesquisa revelou como função real do direito penal: seu uso como mecanismo de “proteção de classe” e de “encarceramento da miséria”.

Palavras-chave: discurso jurídico-penal; furto; criminologia crítica; funções reais do sistema penal; seletividade do sistema penal.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Resultado dos processos de fruto conforme sítio do TJDF	13
TABELA 2 – Distribuição da idade do réu à época do furto	56
TABELA 3 – Distribuição da condição de emprego do réu na época do furto	56
TABELA 4 – Distribuição da renda do réu na época do furto (Em R\$)	57
TABELA 5 – Distribuição do sexo do réu	57
TABELA 6 – Distribuição da população do DF, conforme cor ou raça declarada	58
TABELA 7 – Distribuição da cor do réu	58
TABELA 8 – Escolaridade do réu	59
TABELA 9 – Distribuição do tipo de apreensão do bem	60
TABELA 10 – Restituição do bem	60
TABELA 11 – Correlação entre tentativa e apreensão do bem (Em quantidade)	61
TABELA 12 – Distribuição da incidência penal detalhada	63
TABELA 13 – Distribuição da incidência penal	63
TABELA 14 – Distribuição do tipo de bem furtado	64
TABELA 15 – Distribuição do local do fato	65
TABELA 16 – Distribuição do valor do bem furtado (Em R\$)	66
TABELA 17 – Resultado do feito	67
TABELA 18 – Tipo de feito do antecedente	68
TABELA 19 – Trânsito em julgado do antecedente	68
TABELA 20 – Número de antecedentes com reincidência (data do trânsito em julgado da condenação anterior à data do fato)	68
TABELA 21 – Tipo penal do antecedente	69
TABELA 22 – Furto: resultado dos processos por circunscrição (Em quantidade)	73
TABELA 23 – Forma de extinção da pena	74
TABELA 24 – Tipo de prisão provisória	75
TABELA 25 – Tempo (em dias) da prisão provisória (flagrante + preventiva cumprida)	76
TABELA 26 – Distribuição do tempo de pena	77
TABELA 27 – Distribuição de feitos por conclusão do processo	78
TABELA 28 – Pena convertida em alternativa	79
TABELA 29 – Pena alternativa aplicada	80

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A BASE DA “LEGITIMIDADE”: O DISCURSO JURÍDICO-PENAL	17
1.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL: A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS	17
1.2 AS FUNÇÕES DA PENA: A RETRIBUIÇÃO E AS PREVENÇÕES.....	28
1.3 A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA DO FURTO	38
2. A PRÁTICA JURÍDICO-PENAL DIANTE DO DISCURSO	55
2.1 A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO DISTRITO FEDERAL EM CASOS DE FURTO	55
2.1.1 Quem furta?.....	55
2.1.2 O furto e o bem jurídico	59
2.1.2.1 Apreensão e restituição do bem <i>versus</i> tentativa.....	59
2.1.2.2 Incidências penais verificadas <i>versus</i> pequeno valor do bem furtado	62
2.1.2.3 A perspectiva da vítima.....	70
2.1.3 O furto e as funções da pena	73
2.1.3.1 Alto índice de prescrição e baixo cumprimento da pena.....	73
2.1.3.2 Tempo de pena, conclusão do processo <i>versus</i> alto índice de prisão cautelar	75
2.1.3.3 Conversão da pena alternativa.....	79
2.1.3.4 Reparação de danos	80
3. A FUNÇÃO REAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO FURTO	82
3.1 A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA CRÍTICA: UM DISCURSO QUE CONSIDERA A PRÁTICA.....	82
3.1.1 Do paradigma etiológico ao crítico	82
3.1.2 Superando a ideologia da defesa social.....	88
3.1.3 Um discurso irracional para um sistema de justiça criminal ilegítimo	89
3.2 A PRÁTICA IGNORADA PELO DISCURSO	97
3.2.1 O discurso jurídico-penal diz operar perante a sociedade de maneira igualitária.....	97
3.2.2 O discurso jurídico-penal desconsidera a predominância da baixa lesividade dos furtos.....	102

3.2.3 O discurso jurídico-penal desconsidera que regras muitas vezes não são aplicadas	104
3.2.4 O discurso jurídico-penal desconsidera as partes envolvidas no conflito, bem como suas expectativas	109
3.2.5 O discurso jurídico-penal ignora a baixa operacionalidade do sistema diagnosticado pelo alto índice de prescrição	114
3.2.6 O discurso jurídico-penal ignora que a principal função da pena se realiza ilegalmente	117
3.2.7 O discurso jurídico-penal se legitima em funções da pena que (praticamente) não se realizam.....	120
3.3 DESLEGITIMADO PELOS PRÓPRIOS FATOS.....	121
3.3.1 Componentes legitimantes que atribuem função ao direito penal	126
3.3.2 Funções reais operadas pelo sistema de justiça criminal	130
3.3.2.1 A proteção de classe	130
3.3.2.2 A prisão da miséria.....	135
CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS	145
APÊNDICE – METODOLOGIA DA PESQUISA EMPÍRICA.....	150

INTRODUÇÃO

Compreender o direito penal – incluindo o discurso que o acompanha e que pretende imprimir racionalidade para seu uso – como “construção” e não como algo percebido e apreendido na “realidade” social, pronto e acabado, instiga a investigação dos fundamentos que lhe conferem “legitimidade” perante a sociedade.

Seguramente pode-se afirmar ser absolutamente impossível que todas as ações consideradas imorais, indesejáveis e conflitivas sejam acobertadas pela esfera penal. No processo de “construção” do direito penal apenas algumas condutas consideradas socialmente negativas são selecionadas.

Isto não significa que as demais ações, excluídas do monopólio de atuação do Estado, quedem despercebidas ou sem resolução. Afinal, a resposta estatal, institucional punitiva, é somente uma dentre as possíveis no meio social.

No entanto, qual é o critério-guia para a escolha de condutas criminalizáveis? Qual função o direito penal cumpre perante essas condutas? E o que se objetiva com a punição dessas condutas?

É o discurso jurídico-penal que assume a incumbência de dar respostas a tais perguntas, tendo como meta a legitimação não só do direito penal, mas também do sistema de justiça criminal como um todo.

Sabe-se que a centralização da solução de conflitos de maneira punitiva por parte do Estado surge como consequência de um contexto bem específico da formação das sociedades, tendo sido responsável por impulsionar a configuração de características peculiares às relações sociais do cotidiano. Sem adentrar a análise desse processo, chama-se atenção para a perspectiva que enxerga o direito como produto da construção histórica, fruto da cultura humana e não “uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem” (BARRETO, 1962, p. 33).

Por esse ponto de partida, compreende-se, desde já, que o discurso que enuncia a concretização de determinados fins a partir do direito penal o imbuí de uma função eminentemente política, ainda que latente.

Isto porque, ao conceber o direito não como um presente divino, mas como um invento, um artefato, um produto do esforço do homem para dirigir o mesmo homem (BARRETO, 1962, p. 36), passa-se a considerar como elemento de sua formação o contexto em que o direito é construído. No caso brasileiro, uma sociedade marcada por um processo de modernização erguido sob a seletividade e a desigualdade social.

A análise do direito penal a partir dessa concepção, de maneira não compartimentada e nem isolada de nossa “realidade” – o que não é usual – é capaz de desencadear processos de questionamentos e de relativizações acerca dos valores, dos pressupostos e das regras constituídos e arraigados ao discurso jurídico-penal.

É legítimo o sistema de justiça criminal se arvorar no discurso jurídico-penal, o qual procurou imprimir racionalidade ao seu planejamento? A função política que emerge do direito penal é a declarada pelo discurso oficial? No caso, o enfoque proposto pela criminologia crítica apresenta-se como pressuposto teórico catalisador desses questionamentos e relativizações, instigando uma leitura acerca do fenômeno criminal questionadora das promessas de proteção de bens e de defesa da sociedade declaradas pelo discurso oficial, alicerces do discurso jurídico penal.

Assim, com ela é possível lançar outro olhar sobre o direito penal, a fim de considerar as condições objetivas, estruturais e funcionais que se acham na origem dos comportamentos considerados desviantes pela sociedade, bem como focar os mecanismos mediante os quais se criam e se aplicam definições de desvio e de criminalidade, e de como se realizam os processos de criminalização.

Buscou-se nesse trabalho, considerando que o sistema de justiça criminal mostrar-se-á legítimo caso suas agências exerçam seu poder de acordo com a programação normativa e nos termos colocados pelo discurso jurídico-penal, direcionar o olhar para a “realidade” com o objetivo de avaliar por meio da prática de atuação do sistema de justiça criminal se o discurso jurídico-penal mostra-se “racional” ao ser defrontado com ela.

Foi assim que, para problematizar o discurso jurídico-penal acerca da finalidade do direito penal em proteger os bens jurídicos objetos do tipo penal de furto, foram selecionados dados da pesquisa documental “Roubo e Furto no Distrito Federal:

avaliações da efetividade das sanções não-privativas de liberdades”¹ realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCrim), da Universidade de Brasília (UnB) – do qual a autora é integrante –, cujo tema consistiu na avaliação da eficácia das medidas alternativas no Distrito Federal.

O tema proposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), e aprovado pela Escola Superior do Ministério Público da União, para a pesquisa consistiu em avaliar a eficácia das medidas alternativas. Para que pudesse ser realizado estudo em maior profundidade sobre o objeto pesquisado, decidiu-se circunscrever a investigação a tipos penais específicos, o que permitiu a produção de evidências empíricas com amplitude sobre o objeto pesquisado. Os tipos penais escolhidos foram o roubo e o furto, pois eles estão entre os que mais resultam em encarceramento no Brasil. Além disso, a legislação a eles aplicável permite que, dependendo dos elementos típicos e de circunstâncias referentes ao réu, haja condenação a sanções penais não privativas de liberdade. O estudo da criminalização desses dois tipos penais possibilitou, portanto, a avaliação, para casos semelhantes, de respostas penais diversas.

A pesquisa empírica dividiu-se em três etapas: em um primeiro momento, foi realizada pesquisa documental em processos de furto e roubo; a segunda parte trabalhou as folhas de antecedentes penais e conta de liquidação dos réus identificados; e, por fim, foi realizada a parte qualitativa da pesquisa, consistente em entrevistas e grupos focais com réus e vítimas.

Na primeira parte da pesquisa, procurou-se identificar casos concretos dos tipos penais a serem estudados a fim de verificar como se deu a atuação do sistema de justiça criminal, desde o momento da investigação policial até a execução penal. Assim, foram considerados os processos iniciados entre 1997 e 1999, pois dessa maneira seriam contemplados réus que tivessem sido condenados e cuja pena já houvesse sido cumprida, isto é, seriam trabalhados processos de sentença condenatória. A base da pesquisa consistiu os processos constantes do Sistema de Controle de Processos (Sispro) do MPDFT. Especificamente, em relação ao furto, foram totalizados 2.806 casos.

¹ A referida pesquisa foi realizada sob a coordenação de Fabiana Costa Oliveira Barreto, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, e a Prof^ª Dr^ª Ela Wiecko Volkmer de Castilho, da Universidade de Brasília.

GRUPO CANDANGO DE CRIMINOLOGIA (GCCRIM). Roubo e furto no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade. *Série: o que se pensa na Colina*. v. 4. Brasília, 2009.

Como dito, a pesquisa focou processos conclusos. Assim, o segundo passo foi a verificação no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), a partir do número do processo fornecido na listagem do SISPRO, do resultado do processo para cada réu. Em seguida, foi a identificação se houve sentença e, em caso positivo, qual a sua conclusão. A seguir, são apresentados os resultados do primeiro levantamento no que se refere ao tipo penal de furto:

Tabela 1

Resultado dos processos de furto conforme sítio do TJDFT

RESULTADO DO PROCESSO	FURTO	
	CASOS	PERCENTUAL
Condenação	945	28,97%
Suspensão cond.	68	2,08%
Absolvição	183	5,61%
Arquivamento	1535	47,06%
Sem sentença	143	4,38%
Não localizado	388	11,89%
TOTAL	3262	100,0%

Fonte: TJDFT.

Elaboração própria.

Verifica-se pelos dados da Tabela 1 que de um número inicial de 2.806 casos de furto, foram analisados 3.263 processos-réus. Como o objetivo da pesquisa consistia em obter informações que diagnosticassem a lógica de atuação do sistema de justiça criminal para a vida de cada acusado processado, a análise dos processos no sítio do TJDFT partiu do número do processo para chegar aos acusados de cada processo. O número de registro aumentou justamente em virtude dos casos em que o delito fora cometido mediante concurso de pessoas.

Como se vê, o número mais expressivo foi o de resultado arquivamento. Os feitos que haviam sido remetidos para a seção do arquivo do TJDFT de modo que, por meio da internet, não seria possível obter a informação sobre que tipo de sentença teria sido proferida naquele caso concreto. Entretanto, era também entre os feitos arquivados que estariam os feitos com pena cumprida, visto que, conforme a sistemática do TJDFT, os processos com condenação permanecem em cartório até que a carta de sentença retorne ao juízo de conhecimento, quando será juntada ao feito original e, posteriormente, remetida para o arquivo.

Para se chegar à amostragem dos feitos, portanto, no que se refere aos casos de furto, considerou-se os 1.535 feitos arquivados.

No entanto, sabia-se que entre eles poderia haver inquéritos arquivados, sentenças de absolvição e outros tipos de feitos que não se enquadrariam no perfil desejado para a pesquisa. Por isso, ao se calcular a amostra, foi prevista a possibilidade de exclusão de feitos que não se enquadrassem no perfil da pesquisa, sem que o nível de confiança restasse prejudicado. Assim, por tratar-se de pesquisa exploratória inicial, adotaram-se, para a geração da amostra, nível de confiança de 90% e margem de erro de 5%. Dessa forma, considerando a estimação de três proporções e com a devida correção para populações finitas, obteve-se, no caso da amostra de furtos, 378 processos.

Porém, antes do preenchimento dos questionários, foram excluídos os feitos que não se enquadravam ao perfil desejado. Assim, não foram avaliados os feitos com sentença de absolvição, extinção de punibilidade (exceto extinção de punibilidade por cumprimento da suspensão condicional do processo), com prescrição da pretensão punitiva reconhecida após a sentença e os inquéritos arquivados. Enquadraram-se no perfil da pesquisa 125 processos de furto.

Passou-se, então, ao preenchimento dos questionários que constam do Apêndice A.

Para cada réu identificado, foi preenchido um questionário, ainda que em um mesmo feito houvesse mais de um réu. Quanto aos casos de furto chegou-se, ao fim, ao preenchimento de 144 formulários de furto, com o nível de confiança de 8,87%.

Na segunda etapa da pesquisa, buscou-se verificar a intervenção do sistema de justiça penal ao longo da vida de cada um dos sujeitos que compuseram a amostra da primeira fase da pesquisa. Buscou-se identificar quantas vezes os indivíduos foram indiciados, processados, condenados e presos em período anterior ou posterior ao processo identificado na amostra, até a data de junho de 2007.

Para tanto, foram obtidas, por meio do MPDFT, folhas de antecedentes penais do Instituto Nacional de Identificação (INI) e, por meio da Vara de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (VEC), a conta de liquidação dos réus identificados nos processos que constaram da amostra da primeira fase da pesquisa. A partir desses documentos, foram preenchidos os questionários que constam do Apêndice B.

Por fim, na terceira fase desse estudo, o grupo de pesquisa promoveu entrevistas semiestruturadas e grupos focais com réus e vítimas selecionados entre os envolvidos nos processos analisados na primeira etapa da pesquisa.²

A terceira fase da pesquisa contou com a participação de uma equipe de psicólogas.³ O material foi organizado em eixos de análise, privilegiando as questões de pesquisa. A partir da leitura e discussão entre os pesquisadores sobre esses eixos, foram levantados indicadores (categorias produzidas no processo de construção do conhecimento que se constituem em instrumentos para a definição de zonas de sentido sobre o problema estudado).

A partir das evidências colhidas e considerando o marco teórico adotado, foram identificadas zonas de sentido que revelaram indicadores relacionados aos direitos dos réus, aos direitos das vítimas, bem como ao interesse da sociedade na segurança pública e na reavaliação do delito.⁴

Os dados, fruto da referida pesquisa, foram pertinentes ao objetivo, pois ela circunscreveu a investigação do referido tipo penal no âmbito do Distrito Federal, traçando um diagnóstico da atuação do sistema de justiça criminal desde o momento da investigação policial até a execução penal.

O trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, expõe-se um breve panorama do discurso jurídico-penal sobre a finalidade do direito penal, no caso a proteção dos bens jurídicos, bem como sobre a função atribuída às penas. De igual maneira, buscou-se apresentar o discurso orientado pela dogmática penal, que busca pautar as regras gerais para interpretação das normas penais e, portanto, para as decisões da agência judicial, sobre o tipo penal de furto.

Na segunda parte, são analisados os diagnósticos realizados pelo GCCrim acerca da criminalização secundária dos furtos no Distrito Federal. No caso, foram

² Os roteiros para a condução do grupo focal e para a condução das entrevistas das vítimas e dos réus estão nos Apêndices C, D, E e F

³ Com o auxílio de psicólogos vinculados à Universidade de Brasília (UnB), liderados pela Prof. Dra. Liana Fortunato Costa, o grupo de pesquisa promoveu entrevistas e grupos focais com réus e vítimas selecionados entre os envolvidos nos processos analisados na primeira etapa da investigação. O método utilizado para a análise qualitativa foi a Epistemologia Qualitativa, proposta de González Rey (GONZÁLEZ REY, Fernando Luis. *Pesquisa qualitativa em Psicologia: caminhos e desafios*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002).

⁴ Para as análises pretendidas na presente dissertação foram consideradas apenas as falas de réus e vítimas de furto.

apresentados oito blocos de dados que destacam importantes aspectos da prática jurídico-penal quando do processamento dos furtos pelas agências formais de controle. Tais aspectos buscam dialogar com o que foi apresentado na primeira parte da pesquisa: *i) quem furta?; ii) o furto e o bem jurídico; e iii) o furto e as funções da pena.*

Por fim, na terceira parte desta pesquisa buscou-se apresentar algumas conclusões a partir do confronto entre discurso e prática, procurando identificar elementos que denotam a real função cumprida pelo direito penal quando da criminalização do furto.

Em suma, o presente trabalho intenta evidenciar, a partir da pesquisa documental, se o discurso oficialmente declarado pela dogmática jurídica corresponde aos seus objetivos reais. Se há (des)conexão entre a “realidade” e a “construção” desse discurso, o qual, como se verá busca legitimar o instrumental proporcionado pelo direito penal para a proteção de bens jurídicos lesados e para o controle da criminalidade em defesa da sociedade mediante a prevenção, a ser proporcionada pelas penas.

Se para a criminologia crítica está, justamente, no fracasso histórico do sistema penal em relação aos objetivos ideológicos – funções declaradas – mas identificados nos objetivos reais – funções latentes – o êxito histórico do sistema punitivo como aparelho de garantia e de reprodução do poder social, o presente trabalho pretende contribuir evidenciando em que momento da atuação do sistema de justiça criminal a disfuncionalidade entre o discurso jurídico-penal e a prática se apresenta.

1. A BASE DA “LEGITIMIDADE”: O DISCURSO JURÍDICO PENAL

1.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL: A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Segundo Bitencourt (2009, p. 1), quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o direito penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos.

O direito penal propõe regular as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade, protegendo bens que não interessam ao indivíduo exclusivamente, mas à coletividade como um todo (BITENCOURT, 2009, p. 3). É decorrência desse pensamento a compreensão do crime como um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa a um bem, ou a um valor da vida social (FRAGOSO, 1987, p. 147).

Procurando desenvolver essas ideias, com o objetivo de clarificar a finalidade do direito penal em nossas sociedades, Bitencourt discorre acerca do pensamento de Hans Welzel sobre o tema, tratando, especificamente, das pretensões ético-sociais e preventivas declaradas pelo direito penal.

A primeira referir-se-ia à proteção dos valores fundamentais da vida social, a qual se configuraria com a proteção de bens jurídicos. Sendo estes bens vitais da sociedade e do indivíduo, seriam eles merecedores de proteção legal em razão da sua significação social. Em suma, o objetivo do direito penal seria

assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos e, ao mesmo tempo, o reconhecimento desses valores, que em outros termos, caracterizam o conteúdo ético-social positivo das normas jurídico-penais. A soma dos bens jurídicos constitui, afinal, a ordem social. O valor ético-social de um bem jurídico, no entanto, não é determinado de forma isolada ou abstratamente; ao contrário, sua configuração será avaliada em relação à totalidade do ordenamento social (BITENCOURT, 2009, p. 8).

Se em um primeiro plano o direito penal visa garantir a segurança e a estabilidade do juízo ético-social da comunidade, atuaria, em um segundo plano, reagindo, diante do caso concreto, contra a violação ao ordenamento jurídico-social com a imposição da pena correspondente. Essa consequência jurídico-penal da infração ao ordenamento produziria como resultado ulterior o efeito preventivo do direito penal (BITENCOURT, 2009, p. 8). O direito penal, portanto, teria como finalidade principal a proteção dos valores ético-sociais da ordem social, da qual surgiria a finalidade preventiva, como consequência lógica daquela.

Para Hans Welzel (apud BITENCOURT, 2009, p. 8-9), esta orientação – consecução pelo direito penal das pretensões ético-social e preventiva – abrangeria a proteção de bens jurídicos. E é dessa concepção que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do direito penal reside na proteção de bens jurídicos – essências ao indivíduo e a comunidade – dentro do quadro axiológico constitucional ou decorrente da concepção de Estado de Direito Democrático (PRADO, 2007, p. 140).

No mesmo sentido, Santos (2008, p. 5-6) explica que o objetivo declarado pelo direito penal nas sociedades contemporâneas consiste a proteção de bens jurídicos, isto é, “na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob a ameaça da pena”.

Da justificativa da finalidade do direito penal como protetor de bens jurídicos é, também, enunciado o que seria o princípio orientador do trabalho do legislador. O princípio limitador quando da seleção dos bens mais caros à sociedade, os quais seriam protegidos pela ameaça da aplicação de uma sanção.

A ideia é que, se o direito penal justifica-se a partir da proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade não se poderia abstrair que “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” (ROXIN, 2006, p. 11). Seriam, portanto, necessários critérios para guiá-lo com o objetivo de que este não penalizasse algo simplesmente por não gostar e para que dê freios à sua discricionariedade. O princípio da proteção de bens jurídicos, além de trazer em seu bojo a justificativa da missão do direito penal no mundo, pretende cumprir o referido papel limitador.

Nesse contexto, alerta Bitencourt (2009, p. 6-7) que o bem jurídico não pode identificar-se simplesmente com a “razão da lei”, mas deve possuir um sentido social próprio anterior a norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não será capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetros, limite do preceito penal e contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações. Nesses termos, a proteção de bem jurídico é enxergada como um critério material importante e seguro na construção dos tipos penais, por ser capaz de distinguir o delito das simples atitudes interiores e dos fatos materiais não lesivos de bem algum.

Outra questão a destacar é que se a operacionalidade do princípio da proteção do bem jurídico está inserta na fase legislativa, ela deve gerar reflexos na judicial (aplicação da pena). A previsão de uma real lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido deve ser limitadora da atuação do direito penal na elaboração da figura delitiva e quando da apreciação da conduta concreta do agente.

Com isso se quer dizer que, para a tipificação de algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Porque somente se justificará a intervenção estatal em termo de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2009, p. 22). Aqui, está-se falando do princípio da lesividade, ou ofensividade. Nas palavras de Bitencourt (2009, p. 22):

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevante no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Constata-se, nesses termos, uma dupla função ao princípio da lesividade no direito penal: a) função político-criminal – de caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – manifestada posteriormente, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o direito

penal, no momento em que se deve aplicar, em concreto, a norma penal elaborada (BITENCOURT, 2009, p. 22-23).

No entanto, Bitencourt (2009, p. 23-24) ressalva que o princípio da lesividade não pode ser confundido com o princípio da proteção de bens jurídicos. Por este, não compete ao direito penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos, isto é, como *ultima ratio*, ao direito penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais à convivência e ao desenvolvimento da coletividade. Em suma,

a diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.

Ferrajoli (2006, p. 426), ao discorrer sobre a missão do direito penal como instrumento de tutela, remonta ao princípio da “utilidade penal” de tradição iluminista⁵ para justificar a limitação da esfera das proibições penais apenas para as ações reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros. Assim, a lei penal teria o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes “efeitos lesivos” e somente podendo eles justificar o custo das penas e proibições. E segundo o autor, “não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal”.

Agora em um sentido negativo, complementando a ideia, Ferrajoli o referido autor vê no princípio axiológico da “separação entre direito e moral” o fundamento de veto à proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou perigosos. Ele impõe, assim, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva de terceiros a fim de preservar a tutela da liberdade pessoal de consciência, da autonomia e da relatividade moral.

Assim, para Ferrajoli (2006, p. 427), esses dois princípios impõem uma dupla limitação ao poder proibitivo do Estado: o primeiro limite vem ditado pelo “princípio de necessidade” ou de economia das proibições penais, “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio de necessidade exige que se recorra a ela somente

⁵ Para tanto o autor cita U. Grócio, *De jure belli ac pacis libri ter*; Hobbes, *Leviatano*; Pufendorf, *De jure naturae* e *De officio hominis et civis*; Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae*; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*; e Bentham, *Principes du Code Pénal Principes de législation* e *Théorie des peines et des récompenses*.

como remédio externo”. O segundo limite deriva da secularização do direito e de sua separação da moral, que traz a consideração utilitarista da “necessidade penal” como “tutela de bens fundamentais” não “garantizáveis” de outra forma.

Aqui, para o autor, resta explícito o princípio da lesividade. Denominador comum de toda a cultura penal iluminista que veem no dano causado a terceiros as razões os critérios e a medida das proibições e das penas (FERRAJOLI, 2006, p. 428).

Não obstante, Ferrajoli (2006, p. 428) pondera que nem o “princípio de necessidade” nem o “da lesividade” podem determinar com precisão a natureza e a quantidade do dano que impõem a necessidade, em cada caso, da proibição jurídica. Ainda assim, o autor reconhece no princípio de lesividade o caminho para que se imponha à ciência e à prática jurídica o ônus de tal demonstração, por entender que a “necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda a justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo”.

Se, por um lado, identificam-se doutrinadores que desenvolvem seus argumentos buscando vincular os limites postos à seleção das condutas criminalizadas, tanto na fase legislativa quanto judicial, a própria justificação do direito penal em nossas sociedades, há estudiosos, por outro, que reconhecem que a ofensa ao bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa.

Fragoso (1987, p. 147), por exemplo, apesar de reconhecer que o conteúdo do desvalor social é substancialmente dado pelo dano ou exposição a perigo de um bem jurídico, há casos em que a própria ação ou omissão incriminada em si mesma, independentemente de qualquer resultado, é o objeto de reprovação social. Nas palavras do autor:

O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: o desvalor da conduta delituosa não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico. Quanto mais não fosse, bastaria isto para excluir que escopo da norma e bem jurídico possam ser a mesma coisa. O escopo da norma, porém, é o mais valioso elemento para identificação do bem jurídico, pois a este somente é possível chegar através da interpretação da norma [...] A ofensa ao bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa. Punível não é a violação do bem jurídico como tal, mas determinada ação ou omissão que a lei penal incrimina. E se tal conduta causa um resultado de dano ou perigo a um bem jurídico, é certo que o desvalor da conduta, que o legislador considera ao efetuar a

incriminação do fato, relaciona-se com vários outros fatores de grande relevância, e por vezes mais importantes do que a simples causação do evento. Basta considerar que geralmente não se pune toda e qualquer ofensa ao bem jurídico, mas somente aquela que é praticada de certa forma, ou por certos meios, ou por certas pessoas (crimes próprios), e, em qualquer caso, havendo um determinado conteúdo psicológico na ação (culpabilidade) (FRAGOSO, 1987, p. 278-279).

Fragoso ainda argumenta (1987, p. 280) não ser possível dividir os fatos puníveis em duas categorias destacadas, conforme prepondere a ofensa ao bem jurídico ou ao desvalor da ação como violação de um dever, pelas dificuldades que este critério de classificação apresenta. Trata-se de aspectos que na maioria dos casos se complementam e se conjugam para um só efeito. Deste modo, surge

o crime, como realização de um desvalor social, que o direito penal procura evitar cominando a sanção criminal para a violação da norma, visando, pois, por parte dos destinatários da mesma, uma conduta que se ajuste aos princípios éticos dominantes e seja socialmente valiosa. Tal desvalor expressa-se com a ofensa ao bem jurídico, por um lado, tendo-se em vista o dano ou perigo que o crime causa a um bem particular da vida humana ou da coletividade, e, por outro, com a valoração da conduta em si, ou seja, com a afirmação do desvalor da ação através da imposição de um dever jurídico que o fato punível viola.

Em grande parte, esta compreensão de Fragoso (1987, p. 277-278) deve-se ao próprio conceito desenvolvido pelo autor para bem jurídico. Para ele, este não se refere, apenas, a uma solução técnica à conceituação do que representa crime. Trata-se do

bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.

De todo modo, pelas ideias até aqui desenvolvidas, observa-se que os bens jurídicos são identificados com os valores fundamentais da vida humana ou social, anteriores à própria criminalização, selecionados para serem protegidos pelo direito.

Para Ferrajoli (2006, p. 429), o teor valorativo está ínsito a temática e se exprime nas palavras sempre utilizadas, como “lesão”, “dano” e “bem jurídico”. Daí, para o autor, dizer que

um determinado objeto ou interesse é um “bem jurídico” e que sua lesão é um “dano” é o mesmo que formular um juízo de valor sobre ele; e dizer que é um “bem penal” significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificação de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena.

O mesmo autor explica que apesar de os esforços da ciência penal moderna terem se orientado à definição dos interesses necessários ou fundamentais dignos de tutela penal por parte do Estado, com a ilusória pretensão de encontrar-lhes um fundamento objetivo ou ontológico, os conceitos nos quais, desde há séculos, subsumiram tais interesses e tem-se identificado em diversas formas a questão da lesividade são, os de “dano penal”, “objeto do delito” e “bem jurídico”. Os quais designam, respectivamente, a lesão de interesses, o interesse lesionado e o interesse protegido (FERRAJOLI, 2006, p. 429).

Assim, a história desses conceitos coincide, em boa parte, com a história moderna do conceito de delito, caracterizada por uma ininterrupta expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal. Isto é, refletem o que Ferrajoli (2006, 431) chamou de “deprimente evolução do conceito de bem jurídico”, pois representam não só “a involução autoritária sofrida pelo pensamento penal desde a época iluminista, com a progressiva perda do ponto de referência externo, mas, também, a extraordinária confusão de ideias que deriva sempre do delineamento desordenado dos problemas”.

Schünemann (2005, p. 13), por exemplo, acaba por renunciar à capacidade crítica do princípio de proteção de bens jurídicos, o entendendo “como um retrocesso do direito penal a um nível anterior a ilustração”. Chama atenção, assim, para o fato de que o ponto de partida para a consolidação deste foi a legitimação e a limitação do Estado por meio do contrato social.

De fato, Ferrajoli (2006, p. 429) explica que em sua origem, no pensamento iluminista,⁶ o objeto do delito tinha de ser necessariamente um delito subjetivo natural da pessoa, um dos bens fundamentais para cuja tutela, segundo Locke, nasce o Estado e que são a vida e os meios necessários para preservá-la, no caso a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens.

⁶ Luigi Ferrajoli ao falar da origem do objeto do delito e situar sua origem no pensamento iluminista, ele se refere de Thomasius a Feuerbach e Humboldt, de Bentham a Condorcet, de Genovesi e Filangieri a Romagnosi, Pagano e Carmignani.

Schünemann (2005, p. 13) lembra que, já na metade do Século XVIII, Beccaria em “Dos Delitos e Das Penas” propõe a limitação do poder punitivo estatal à prevenção dos chamados “danos sociais”, tendo denunciado o uso do direito penal para imposição de meras formas de vida, ou seja, para a consolidação coativa de determinada ideologia. Vejamos nas próprias falas de Beccaria (2003, p. 16):

A origem do direito de punir é a segurança geral da sociedade. A aplicação das penas não deve traduzir vingança coletiva, mas, antes, ter em mira a justiça, a prevenção do crime, e a recuperação do criminoso.

Percorramos a História e constaremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todo o bem-estar possível da maioria.

Schünemann (2005, p 13) explica que esta ideia, que à época do Iluminismo era entendida como a base de qualquer teoria do Estado, foi, ao curso do tempo, manifestada em diferentes formulações, para além da apresentada por Cesare Beccaria e do alemão Karl Hommel por meio da expressão “dano social”. Ele cita Feuerbach (Século XIX), que falava em “lesão a direito”, e mais tarde em Birnbaum e Liszt, que usavam o termo “bem” ou “bem jurídico”, para caracterizar a limitação do direito penal. Já para Ferrajoli (2006, p. 429) esta acepção ampliada por Birnbaum ainda manteve preservado o sentido axiológico do bem a ser tutelado pelo Estado, sempre que esta tutela geral não pudesse ser realizada por outro meio que não a ameaça de uma pena determinada.

A base empírica de interesses individuais afetados e a visão axiológica do conceito se mantiveram no pensamento da Escola Clássica italiana, mas, já na segunda metade do Século XIX, em sintonia com a reação antiluminista e antigarantista, os conceitos perderam toda a função axiológica.

Seu significado não só se amplia, senão que conhece uma radical alteração de seu referente empírico, que se desloca dos interesses individuais afetados para o interesse do Estado, concebido, inicialmente, como interesses na proteção do que este considera digno dela, e, mais tarde, simplesmente, como interesse na obediência ou na fidelidade (FERRAJOLI, 2006, p. 430).

Para Ferrajoli, é Hegel quem abre o processo de abstração e de idealização ético-estatalista do “direito contra o delito”. Desapareceram assim, progressivamente do

horizonte das teorias do bem jurídico, os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiro, aos interesses e à vontade do Estado, e, depois, à simples ideia do direito e do Estado.

Assim, se para Jhering, Liszt ou Binding o conceito de bem jurídico encerra ainda uma entidade que é tal “aos olhos do legislador”, mas sempre externa ao direito e independente dele, após as sucessivas orientações autoritárias de tipo teleológico, formalista ou tecnicista, esse conceito acaba por plasmar-se sobre o da norma jurídica, passando a designar “o fim” ou a ratio da lei penal, ou inclusive, “o direito do Estado às ações ou omissões impostas sob a ameaça de pena”, dilatando-se, indefinidamente, até compreender as situações mais vagas de “perigo abstrato” ou “presumido” (FERRAJOLI, 2006, p. 430).

Inclusive, com o movimento espiritualista e irracionalista que se produziu na cultura alemã do início do Século XX, o conceito de bem se desmaterializa, definitivamente, transformando-se de critério de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e autorreflexivo de legitimação política dos interesses tutelados – e, com eles, das normas positivas –, diretamente assumidos como “valores ético-culturais”, ou simplesmente, como “valores”, cuja violação dá lugar a “comportamentos imorais”. A reprodução em dimensão ético-formal da confusão entre direito e moral (FERRAJOLI, 2006, p. 431).

Foi, apenas, após a Segunda Guerra Mundial, com o renascimento de uma cultura penal liberal democrática, que o conceito de bem jurídico recupera um garantismo em virtude do trabalho de penalistas que, de um lado, restauraram sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas, e, de outro, devolveram a relevância crítica e a função axiológica, ainda que apenas como limite interno referido a valores ou a bens constitucionais.

Sobre este ponto, Roxin (2006, p. 12) confirma que “a Ciência do direito penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico penal na teoria do bem jurídico”. A ideia desenvolvida à época era de que o direito penal deveria proteger somente bens jurídicos concretos e não convicções políticas ou morais, doutrinárias religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simplesmente sentimentos.

Este mesmo autor, antes de formular seu conceito para bem jurídico, transita sobre as várias interpretações sobre a temática. Ele suscita autores como Andrew von Hirsch, para quem não existe um conceito de bem jurídico predeterminado para o legislador, não sendo, portanto, um princípio idôneo para limitar o direito penal, e

Günter Stratenwerth, quem desacredita da possibilidade de uma definição material universal de bem jurídico diante das múltiplas e variadas definições na literatura, e a elaboração de um tipo penal não é proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento.

São, também, citados por Roxin (2006, p. 14) autores que entendem não ser preciso ocupar-se com a conceituação de bem jurídico. Por exemplo, Günther Jakobs, para o qual a função do direito penal é a confirmação da vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos, uma vez que o fato punível é a negação da norma pelo autor. Também Winfried Hassemer é citado pelo autor, por desenvolver um conceito de bem jurídico crítico ao sistema, pois entende sua proteção como um instrumento para restringir a intervenção jurídico-penal, pois a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se em um bem jurídico seria terror estatal.

O próprio Roxin (2006, p. 17) traz o pressuposto de que as fronteiras de autorização de intervenção jurídico penal devem resultar de uma função social do direito penal, que segundo ele consiste “em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. Para ele, esta ideia se legitima historicamente desde o pensamento jurídico racional da ilustração, o qual serve de base à forma do Estado Democrático. Nas palavras do autor:

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves [...] o Estado deve garantir com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência pacífica semelhante, mas também as instituições estatais adequadas para este fim, sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor”. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições são bens jurídicos (2006, p. 17-18).

Ademais, o autor ressalta ser praticamente impossível sua conceituação fora do contexto constitucional em que se assenta a norma jurídica sob o risco de se chegar a uma substituição da noção de bem jurídico pela de validade da norma. Daí entendê-lo não apenas como valor abstrato, mas um valor concretizável decorrente da realidade social e subordinado as suas condições. Para ele, “são circunstâncias reais dadas ou

finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Contudo, Tavares (2003, p. 200-201) recupera o sentido da proteção compreendendo bem jurídico enquanto “valor”, “inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica”. Assim, cumpre, portanto, a “função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica”.

Isto significa que o bem jurídico, para o autor, só vale na medida em que tenha como objeto referencial a proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor. O bem jurídico entendido como valor e não como dever é reconduzido, portanto, à condição de delimitador da norma. Essa condição delimitadora é que assinalaria a característica essencial do bem jurídico: de ser levada em conta em qualquer circunstância, ainda que sob a ideia de subordiná-lo aos preceitos constitucionais.

Importante destacar que Juarez Tavares chama atenção para o fato de não haver obrigatoriedade constitucional explícita de incriminação para a salvaguarda de qualquer bem jurídico, salvo quando demonstrada sua estrita necessidade. Esta compreensão rechaçaria qualquer ideia autoritarista legalista contra qualquer movimento em favor de uma acentuada repressão penal sob o manto da proteção de bem jurídico. A Constituição, portanto, apenas deveria encarregar-se de delimitar o âmbito da incidência penal, mas não impor criminalizações.

Para ele, em um Estado Democrático, com base no respeito dos direitos fundamentais e na proteção da pessoa humana, o bem jurídico deve constituir um limite ao exercício da política de segurança pública, reforçado pela atuação do Judiciário, como órgão fiscalizador e controlador e não como agência seletiva de agentes merecedores de pena, diante da respectiva atuação do Legislativo e do Executivo.

Diante desse breve panorama acerca das discussões do conceito de bem jurídico, pode-se afirmar que este se amoldou aos vários segmentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral (e porque não dizer da história, política-econômica-social). Daí a ausência de consenso acerca de seu conteúdo e, por consequência de sua funcionalidade, como ressaltado por Evandro Pelarin (2002, p. 24-25):

Se a definição ainda está em operação, certo é que não se estabeleceu com segurança o seu sentido operacional, ou seja, a

capacidade do bem jurídico em evidenciar de maneira concreta as fronteiras do legitimamente crimínável. Tal definição, acredita-se, vem da sua natureza, já que o bem jurídico-penal representa antes um padrão crítico capaz de provocar um intenso debate sobre a legitimidade da criminalização. Ademais, da retrospectiva do bem jurídico-penal, observam-se as imprecisões, as controvérsias e a sinuosidade da sua noção ao longo do tempo, sendo que o objetivo dogmático, atualmente determinado, consiste na busca do caráter material e da determinação constitucional do bem jurídico-penal.

No entanto, tudo indica que a exposição das diversas alterações que se produziram na noção de bem jurídico, a partir do positivismo até o funcionalismo, de uma sociedade liberal-individualista até a sociedade pós-moderna, vem demonstrar que seu conceito depende do rumo tomado pelo poder punitivo, diante das modificações estruturais ocorridas na sociedade e no Estado.

De todo modo, apesar das convergências e divergências acerca do conceito de bem jurídico, a finalidade do direito penal é comumente associada à proteção destes. Não obstante, é importante avançar na exploração do discurso da teoria jurídica penal. Questiona-se, em sequência, o porquê de se associar uma sanção à propugnada proteção de bens. Este é o próximo objeto de reflexão.

1.2 AS FUNÇÕES DA PENA: A RETRIBUIÇÃO E AS PREVENÇÕES

A compreensão é de que, ainda nos casos em que a acusação seja promovida individualmente pelo ofendido, o Estado mantém-se como detentor do monopólio do magistério punitivo, uma vez que a tutela jurídica exercida pelo direito penal refere-se em primeiro lugar a interesses da coletividade. Frisa-se essa coletividade, mesmo tratando-se de bens cuja ofensa primariamente atinja um único indivíduo (FRAGOSO, 1987, p. 2). Esse destaque conferido à coletividade está contemplado na finalidade atribuída ao direito penal em tutelar e preservar os interesses não só do indivíduo, mas essencialmente do corpo social. Decorre daí, o que Fragoso (1987, p. 2-3) chamou de função básica do direito penal: defesa social, que

se realizada através da tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim, uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e de sua execução.

O pensamento desse autor não se afasta do elaborado pela maior parte da doutrina jurídica penal, ao procurar discutir as funções da pena em nossa sociedade, que é, por vezes, vinculada a finalidades. Em primeiro plano, preventiva, pois antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando, assim, evitar a prática do crime. Em segundo plano, e para além dessa função motivadora da norma penal inserta na sanção abstratamente cominada, uma finalidade coercitiva, comumente apontada quando, após o devido processo penal, aquela é convertida em sanção efetiva, transformando a prevenção genérica, destinada a todos, em uma realidade concreta atuando sobre o indivíduo infrator (BITENCOURT, 2009, p. 3).

No entanto, esse breve resumo não encerra a complexidade do tema. Importa, portanto, tecer alguns comentários em separado a respeito de cada uma das teorias elaboradas sobre o tema, buscando apreender as funções atribuídas à pena, bem como inferir as consequências quanto à forma em que concebem a defesa social.

Para Fragoso (1987, p. 1-2), a sanção característica da lei penal, ou seja, a pena, não consiste na execução coativa do preceito jurídico violado, mas na perda de um bem jurídico imposta ao autor do ilícito, ou seja, em um mal infligido ao réu, em virtude de seu comportamento antijurídico. Para o autor, considerando que a justificação da pena liga-se à função do direito penal e sendo este instrumento da política social do Estado, com o qual assume o papel de tutor e mantenedor da ordem pública, serão as penas os meios destinados à consecução e à preservação do bem comum, ou seja, do controle social. Assim, embora seu uso denote natureza retributiva, a pena não se justifica pela retribuição, mas também não tem qualquer outro fundamento metafísico (FRAGOSO, 1987, p. 2-3).

Contudo, esse caráter eminentemente retributivo atribuído à sanção jurídico-penal já encontrou fundamentos em argumentos, quando não metafísicos, que denotam um estreito vínculo entre direito e moral.

Explica Bitencourt (2009, p. 86) que, em o Estado assumindo como objeto político a teoria do contrato social, sua atividade em matéria jurídico-penal é reduzida à obrigação de evitar a luta entre os indivíduos, agrupados por consenso social. Assim, o indivíduo que contraria o contrato social é qualificado como traidor, pois sua atitude não cumpre o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária. Este passa a não ser considerado mais como parte desse conglomerado social e sim como um rebelde cuja culpa pode ser retribuída com pena.

Este esquema é eminentemente retribucionista, pois é atribuída à pena a finalidade de instrumento de se fazer justiça. Afinal, “a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir o justo e o injusto” (BITENCOURT, 2009, p. 86).

Segundo o autor, este esquema é operado em um momento específico da história em que houve a “substituição do divino pelo humano” e o qual deu margem à implantação do positivismo legal.

Em suma, o fundamento ideológico do retribucionismo da pena, ou teorias absolutistas, tem base

no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na idéia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas co-existem, portanto, idéias liberais, individualistas e idealistas. Em verdade, nesta proposição retribucionista da pena está subentendido um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas pretendendo aproximar-se do divino (BITENCOURT, 2009, p. 86-87).

Embora não tenham sido os únicos defensores das teorias absolutas ou retribucionistas da pena, destacaram-se dois expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant e Hegel. Além desses, a antiga ética cristã também manteve uma posição semelhante (BITENCOURT, 2009, p. 87).

Entretanto, é importante destacar alguns comentários contrários acerca dessa natureza expiatória ou compensatória atribuídas à retribuição penal. Para Santos (2008, p. 463-464), retribuir como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena) pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem científico.

Não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – e, além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade e presentes em fórmulas famosas como, por exemplo, o poder agir de outro modo de Welzel, ou a fala de motivação jurídica de Jakobs, ou mesmo a moderna dirigibilidade de Roxin -, não admite prova empírica.

O mesmo autor explica que a impossibilidade de demonstrar a liberdade pressuposta na culpabilidade determinou uma mudança na função atribuída à culpabilidade no moderno direito penal. Assim, perde-se a função de fundamento da pena e legitimadora do poder punitivo do Estado diante do indivíduo, e se assume a função atual de limitação da pena.

Ao contrário da visão que pretende tão apenas retribuir o fato delito, para as teorias preventivas, a pena é capaz de prevenir sua prática. Assim, “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinqüiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinqüir” (BITENCOURT, 2009, p. 92). De fato, para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário, no entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não tem base na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir a prática de novos fatos delitivos (BITENCOURT, 2009, p. 92).

Esse teor preventivo atribuído à pena, no entanto, é entendido de distintas formas, as quais podem ser identificadas pelas teorias da prevenção especial e da prevenção geral. Substancialmente, por ambas teorias o foco é procurar evitar o delito, mas pela teoria da prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, a pena é dirigida exclusivamente ao delinquentes em particular, objetivando que este não volte a delinquir (BITENCOURT, 2009, p. 96).

A necessidade de pena, segundo Von Liszt (apud BITENCOURT, 2009, p. 96), é, portanto, aferida a partir de critérios preventivos especiais “segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquentes, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis”. A tese é sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuidade.

Assim, a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado. Está direcionada, no entanto, ao indivíduo que já delinquentes com o intento de fazer com que não volte mais a transgredir as normas jurídico-penais. Bitencourt explica que os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas e não de penas, pois estas “implicam a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade” (BITENCOURT, 2009, p. 97), ao contrário das medidas que supõem o delinquentes como um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, o qual deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade, sendo corrigido, ressocializados ou inocuidados.

Santos (2008. p. 464) explica que a função de prevenção especial atribuída à pena criminal resta evidenciada no ordenamento jurídico brasileiro no momento da aplicação e da execução penal. Nas palavras desse autor:

[...] primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz no momento da aplicação da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução criminal [...] com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP).

Assim, a execução do programa de prevenção especial ocorreria em duas dimensões simultâneas pelas quais o Estado esperaria evitar crimes futuros: por um lado, a prevenção especial negativa de segurança social por meio da neutralização do criminoso, incapacitando o preso para praticar novos crimes contra a coletividade social durante a execução da pena; por outro lado, a prevenção especial positiva de correção (ou de ressocialização, ou de reeducação etc.) do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários da ortopedia moral do estabelecimento penitenciário, durante a execução da pena (SANTOS, 2008, p. 465).

A crítica levantada em relação ao primeiro tipo de prevenção especial é a equivocada associação da privação de liberdade do condenado à segurança social. Isto é, confiar a realização desta a partir da incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos, pois com execução da pena, pós-apuração do fato criminoso, impedir-se-ia a prática de novos crimes fora dos limites da prisão (SANTOS, 2008, p. 465). Quanto à prevenção especial positiva, a crítica jurídica afirma que programas de ressocialização devem respeitar a autonomia do preso e, por isso, deveriam ser limitados a casos individuais voluntários, pois o “Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável” (SANTOS, 2008 p. 466).

Em relação à teoria da prevenção geral, o pensamento é de que a ameaça da pena produziria no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos, fundamentando-se basicamente em duas ideias, a intimidação, ou utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem (BITENCOURT, 2009, p. 94). Entre os defensores da teoria preventiva geral da pena destacam-se Jeremy Bentham, Cesare Beccaria, Gaetano Filangieri, Arthur Schopenhauer e Paul Johann Anselm von Feuerbach.

Assim, à prevenção geral é atribuída uma dimensão eminentemente negativa, a qual propugna que o Estado desestimule pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena (SANTOS, 2008, p. 467). No entanto, esta função atribuída à pena não está isenta de críticas que apontam a

ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça penal, como indica a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do direito penal moderno. Nesse sentido, é comum o argumento de que não seria a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal – mas a certeza (ou probabilidade, ou o risco) da punição que desestimularia o autor de praticar crimes – na verdade, uma velha teoria já anunciada por Beccaria (1728-1794), sempre retomada como teoria moderna pelo discurso de intelectuais e políticos de controle (SANTOS, 2008, p. 467).

São identificadas, também, as teorias mistas ou unificadoras as quais tentam agrupar em um único conceito os fins da pena. O que em um primeiro momento representou um confronto entre as duas principais concepções acerca da função das penas deu origem a versões mistas ou ecléticas, que, se por um lado ratificavam a ideia retributiva, por outra parte procuravam combiná-la com os escopos preventivos, com a ressalva, entretanto, de que disso não resultasse o comprometimento da primeira das diretivas apontadas. A defesa dessa ideia remonta ao começo do Século XX, na Alemanha, tendo como iniciador Adolf Merkel (BITENCOURT, 2009, p. 98). Hoje, segundo Bitencourt (2009, p. 98), é a opinião mais ou menos dominante, uma vez que se tem entendido a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial enquanto distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa “unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem”. Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da mesma. Assim, esta orientação estabelece marcante diferença entre fundamento e fim da pena (BITENCOURT, 2009, p. 98).

Com isso, pode-se observar que os discursos legitimantes das penas conservam vigência apesar de não serem atualmente enunciados em suas formas puras ou originárias. Construções ecléticas se justapõem, ou uma se prevalecendo sobre outra teoria particular. Representam uma combinação das teorias isoladas, realizada com o

objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante as funções declaradas ou manifestas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal (SANTOS, 2008, p. 470).

Bitencourt (2009, p. 99) explica que, se em um primeiro momento, essas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena, em um segundo momento, a doutrina jurídico-penal procurou outras construções que permitissem unificar os fins preventivos gerais especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução).

Por exemplo, no Brasil, o Código Penal consagrou as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59, Código Penal): a reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/ reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal (SANTOS, 2008, p. 470).

Contudo, a combinação de proposições retributivas e preventivas da tese unificadora não foram suficientemente convincentes para consolidar uma teoria doutrinária a seguir, tendo resultado, na verdade, em uma série de antinomias. Por exemplo, segundo Bitencourt (2009, p. 100), deixar de considerar a pena como uma ética de justiça – conceito retributivo –, transportando as finalidades das penas às teses preventivistas, nas quais a ideia de retribuição aparece apenas como mero limite de mínimo e máximo. Foi assim que, ante os inconvenientes constatados, a doutrina dedicou-se a investigar alternativas para a teoria dos fins da pena.

Por exemplo, fruto das pesquisas que resultaram da insatisfação perante as antinomias das outras teorias, no fim do Século XX, a função de prevenção geral adquire uma forma positiva pós-moderna, geralmente conhecida como integração-prevenção. De modo geral, por esta

a execução da pena no caso concreto cumpriria função de estabilização social normativa, porque demonstraria tanto a necessidade como a utilidade do controle social penal: por um lado, indicaria a necessidade do controle social penal para proteção da sociedade; por outro lado, mostraria a utilidade do controle social penal, na medida em que a punição do criminoso elevaria a fidelidade jurídica do povo, enquanto a não-punição do criminoso, além do repúdio do sentimento jurídico da coletividade, reduziria a

confiança da população na inquebrantabilidade do Direito (SANTOS, 2009b)

No entanto, essa teoria da prevenção geral positiva traz especificidades, podendo apresentar-se em duas subdivisões: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

Hans Welzel e Günther Jakobs, entre outros, podem ser considerados como representantes da teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

Na concepção de Welzel, o Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constituiu somente uma função de prevenção negativa. A mais importante missão do Direito Penal é, no entanto, de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais enloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo-ético social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito (BITENCOURT, 2009, p. 101).

Günther Jakobs, embora coincida com Welzel em buscar na coletividade sua manutenção fiel aos mandamentos do direito, nega que com isso se queira proteger determinados valores e bens jurídicos (BITENCOURT, 2009, p. 101). Para ele, ao direito penal corresponde a função orientadora das normas jurídicas, pois, enquanto o delito é negativo na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração. As normas jurídicas, portanto, buscam estabilizar e institucionalizar as experiências sociais, servindo como uma orientação da conduta que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a infração de uma norma convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração (BITENCOURT, 2009, p. 101).

Assim, a prevenção geral positiva defendida por Günther Jakobs encontra na demonstração de validade da norma sua justificativa, a ser manifestada por meio da reação contra a violação da norma realizada necessária para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso. Para Santos (2008, p. 468-469), trata-se de uma teoria totalizadora da pena criminal, que concentra as funções de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas à pena criminal pelo discurso punitivo, e chama atenção para o fato de que nesse sentido, se por um lado “a pena criminal defendida como prevenção geral positiva realiza a função de afirmar a validade

da norma penal violada; por outro lado, a norma penal reafirmada pela pena criminal, é definida como bem jurídico-penal”.

Baratta (apud, BITENCOURT, 2009, p. 102) apresenta, também, objeções sob o ponto de vista interno e externo da teoria de Günther Jakobs. Sob o ponto de vista interno, afirma Baratta que a teoria em exame não explica por que a estabilização de expectativas deve ocorrer pela imposição de um castigo e não por outros meios menos graves e funcionalmente equivalentes. E sob a perspectiva extrassistemática, a tese de Günther Jakobs denota-se conservadora e legitimadora da atual tendência de expansão e intensificação da resposta penal diante dos problemas sociais (BARATTA apud, BITENCOURT, 2009, p. 102).

Na mesma direção, Bitencourt (2009, p. 103) conclui que a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constituiu uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena, a qual para ele é equivocada, por pretender impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, conduzindo a legitimação e o desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

Em contrapartida aos propósitos da prevenção geral fundamentadora, está a prevenção geral positiva limitadora. A defesa dessa orientação tem base, essencialmente, em que a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado (BITENCOURT, 2009, p. 103).

Por essa orientação teórica, o direito penal é visto como um meio a mais de controle social, diferente dos demais por ser formalizado. Dessa formalização decorre que a pena deve ser utilizada nos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade além de, somente poder ser imposta por meio de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

A formalização do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode - a não ser que se trate de um Estado totalitário - invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito (BITENCOURT, 2009, p. 103).

Para Winfried Hassemer (apud, BITENCOURT, 2009, p. 104) a

Proteção efetiva deve significar atualmente duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delinquente, dentro do possível, e a

limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário de ressocialização fica destacado que a sociedade co-responsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato, destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado.

Assim, para os defensores de uma teoria da prevenção geral positiva limitadora, por meio da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito, garantindo os limites necessários para os fins ressocializadores, como também melhor fundamenta a retribuição pelo fato (BITENCOURT, 2009, p. 103-104). A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores –, sem deixar de lado as necessidades de prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente. Entende-se que o conteúdo da ressocialização não será tradicionalmente concebido, isto é, com a imposição de forma coativa ou arbitrária (BITENCOURT, 2009, p. 103-104).

Em relação à proposição da função integração–prevenção atribuída às penas, Cirino (2009b) tece crítica por entender que esta surge em conjunto com o direito penal simbólico, representado pela criminalidade econômica e ecológica, em que, para o autor o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas, que protegem complexos funcionais – e não bens jurídicos individuais. Assim, tendo sido introduzido pelo direito penal simbólico na moderna teoria da pena, o conceito de integração–prevenção cumpriria o papel de afastar a relação “da criminalidade com as estruturas sociais desiguais das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado”.

De todo modo, ainda que as diversas teorias das penas apresentem conteúdos e propostas diferenciadas, encontraremos seus propósitos, muitas vezes coordenados com o que se atribui de finalidade ao direito penal. E a partir de uma leitura da legislação penal brasileira, seu uso simultâneo é encontrado e pode ser compreendido enquanto os três níveis de realização do direito penal: a função de prevenção geral negativa correspondendo à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondendo à aplicação judicial da pena; a

função de prevenção especial positiva e negativa correspondendo à execução da pena (SANTOS, 2008, p. 470).

Em resumo, independentemente da finalidade atribuída ao direito penal e do que se objetiva com a aplicação de uma pena, a tipificação de uma conduta – o instrumental normativo – é o caminho para sua consecução. É tema, portanto, do próximo item desta dissertação a descrição da normativa relacionada ao tipo legal objeto desta pesquisa, o furto, bem como a interpretação e orientação doutrinária acerca de sua aplicação judicial.

1.3 A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA DO FURTO

O Código Penal Brasileiro vigente, no Título II traz os “Crimes Contra o Patrimônio”. Este está dividido em oito capítulos: I – furto; II – roubo e extorsão; III – usurpação; IV – dano; V – apropriação indébita; VI – estelionato e outras fraudes; VII – receptação; e o VIII foi destinado às disposições gerais comuns a todos os outros.

No entanto, nem todos os crimes que afetam o patrimônio estão incluídos neste referido Título. Nas leis extravagantes e no próprio Código Penal, encontram-se outros crimes que tutelam o patrimônio público ou particular. A título de exemplo, temos a usura (prevista no art. 4º da Lei nº 1.521 de 1951), os crimes falimentares (previstos na Lei nº 11.101 de 2005), os crimes de peculato (art. 312 do CP), a concussão (art. 316 do CP) e a corrupção (arts. 317 e 333 do CP).

Hungria (1967, p. 7) explica que os crimes contra o patrimônio não têm por objeto jurídico apenas a propriedade, que, segundo ele, disciplinada pelo direito civil, significa, estritamente, o domínio pleno ou limitado sobre as coisas (direitos reais), mas também todo e qualquer interesse de valor econômico (avaliável em dinheiro). Assim, para o autor compreendem a ideia de patrimônio: a) a propriedade material (sobre coisas físicas) e os direitos reais em geral; b) a propriedade imaterial (direito autoral, privilégio de invenção, direito de marca etc.); c) a posse (juridicamente protegida em obséquio à propriedade, de que é o exercício, real ou aparente); d) os direitos de crédito ou obrigacionais.

Ainda para o autor, no que se refere à defesa do patrimônio, no direito penal, diante da previsão de uma sanção específica e do caráter indisponível da sua tutela, resta

evidenciado o caráter meramente sancionatório das normas de direito privado. Para Hungria (1967, p. 8-9),

ao alinhar os crimes contra o patrimônio, o direito penal não faz mais do 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). A específica sanção penal, isto é, a pena em sentido estrito, passa a ser, em tais casos, como ameaça ou execução, apenas um *quid pluris* em correspondência com o *majus* da rebeldia contra a ordem jurídico-social. É certo que o direito penal, ao incriminar as mais graves formas do ilícito patrimonial, não tem em mira apenas a proteção de direitos individuais, senão também, e principalmente, a defesa do interesse social comprometido pelo alto grau de inconformismo ou menosprezo que elas representam contra a disciplina jurídico-social, e cuida, então, com o contragolpe ou escarmento de sua reforçada sanção, de aplacar o alarma coletivo e de conjurar a eventualidade de novos idênticos atentados, quer por parte do autor do ilícito in concreto, quer por parte de seus possíveis imitadores; mas isso não importa ou exige, de modo algum, que o direito penal, em cotejo com o direito civil, apresente qualquer originalidade em torno à noção e normatização do patrimônio como instituto jurídico: é, a tal respeito, um simples mutuário do direito privado.

Fragoso (1987b, p. 3-4) compartilha da compreensão do caráter meramente sancionatório do direito penal no que se refere aos crimes contra o patrimônio. Apesar de considerar o direito penal constitutivo e autônomo, pois não lhe cabe ser sancionatório de normas estabelecidas em outros ramos do direito, o autor entende que na parte dos crimes patrimoniais, o direito penal aparece nitidamente com critério sancionador, para prever sanção penal a certos direitos estabelecidos pelo direito privado. “De tal sorte que os direitos patrimoniais que são objetos de tutela jurídica são os direitos reais da propriedade e da posse, inclusive a posse simples ou detenção, e também direitos obrigacionais decorrentes de relações jurídicas”.

Especificamente, no que se refere ao furto, Pierangeli (2005, p. 330) explica que, apesar da doutrina se dividir em três correntes ao tratar de sua objetividade jurídica, uns entendendo pela proteção da propriedade (Binding, Hungria, Rodríguez Devesa, Pacheco Osório); outros pela proteção da posse (Manzini, Antolisei, Cuello Calón, Luzón Cuesta); ou mesmo pela proteção de ambas (Maggiore, Ranieri, Magalhães Noronha, Fragoso, Mirabete, Paulo José da Costa Junior, Luiz Regis Prado, Celso Delmanto), a doutrina majoritária admite que é preferível a existência da dupla tutela:

“da posse, cuja proteção se faz diretamente, e da propriedade, que é protegida indiretamente. Este entendimento intermediário permite a conclusão de que com a posse se incluiu também a detenção”.

O referido delito está previsto no art. 155 do Código Penal, no Título II, que trata “Dos Crimes Contra o Patrimônio”, prevendo pena de um a quatro anos de reclusão para os que o praticarem. A redação desse artigo é a seguinte:

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

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

Hungria (1967, p. 16) explica que para se configurar o furto é necessário e suficiente: a) subtração, b) com o fim de assenhoreamento definitivo; c) de coisa alheia móvel.

Assim, a referida subtração não é a simples retirada da coisa do lugar em que se achava, exige como momento posterior a sujeição dela ao exclusivo poder de disposição do agente. O fim deste é ter a coisa, definitivamente, para si próprio ou para terceiro. Daí que, se a intenção é apenas usar passageiramente a coisa, seguindo-se a reposição desta intata, sob o poder de disposição do dono, não há furto (ou qualquer outro ilícito penal) (1967, p. 16).

Para Hungria (1967, p. 17-18), dessa compreensão decorre que a incriminação, na espécie, visa, essencialmente, à tutela da propriedade, e não da posse. “Tem-se em conta, é certo, a perda da posse, mas tão-somente porque redundando em lesão da propriedade, de que a posse é exercício ou exteriorização prática”. A posse como mero fato, não corresponde ao direito de propriedade, embora protegida pelo direito civil, por isto não entra na configuração do furto. Nada importa conseqüentemente que a coisa subtraída se achasse na posse, ainda legítima, de pessoa diversa do proprietário. Por isso, para Hungria, o sujeito passivo do furto “é o dominus (ou pessoa a ele equiparada), e não o possessor (quando diverso do dono)”.

Ao contrário de Hungria, Bitencourt (2007, p. 3) entende que os bens jurídicos diretamente protegidos pelo tipo penal de furto são a posse e a propriedade de coisa móvel, admitindo-se também a própria detenção como objeto de tutela penal, na medida em que usá-lo, portá-lo ou simplesmente retê-lo já representa um bem para o possuidor ou detentor da coisa.

Conclui o autor, entendendo por equivocado o posicionamento de Hungria quando afirmava que “A posse, como mero fato, só por si, ou não correspondente ao direito de propriedade, embora protegida pelo direito civil, não entra na configuração do furto”.

Assim, para Bitencourt, o objeto jurídico imediato do crime de furto é a proteção da posse, e apenas secundariamente a propriedade é protegida. Nas suas palavras (2007, p. 4):

A lei protege, igualmente, a propriedade, pois não se pode negar que o proprietário sofre dano patrimonial com a subtração ou o desaparecimento da coisa sobre a qual tinha posse, direta ou indireta. Somos obrigados a admitir, contudo, que a proteção da posse vem em primeiro lugar, e só secundariamente se tutela a propriedade. Esta é o direito complexo de usar, gozar e dispor dos bens – *jus utendi, fruendi et abutendi*; aquela, posse, é, na expressão de Ihering, a relação de fato estabelecida entre o indivíduo e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica. Enfim, posse é fato, protegida pelo direito como fato, enquanto fato. E é exatamente essa situação de fato que o diploma legal protege, imediatamente.

Outra questão de importante relevo acerca da identificação de qual bem jurídico o tipo penal de furto visa proteger, se refere ao fato de que, consoante Prado (2007, p. 142), este não pode ser confundido com o objeto da ação, entendido este último como o elemento sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal:

[...] ambos conceitos pertencem tanto ao mundo da norma como ao da realidade (ou da experiência), sendo que a distinção entre eles reside na diversa função exercida. O objeto da conduta exaure seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal. Não são conceitos absolutamente independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação (PRADO, 2007, p. 256).

Como se vê, a doutrina penal sinaliza que o objeto da ação venha a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal, podendo ou não coincidir com o bem jurídico (ou vice-versa). Justamente, manifesta-se o primeiro caso na forma corpórea e palpável, como no caso da coisa alheia subtraída, no furto (PRADO, 2007, p. 257). Este delito seria exemplo da situação em que o objeto da ação coincide com o bem jurídico.

E mais: segundo a doutrina, o objeto material não é uma característica comum a qualquer delito, pois só tem relevância quando da consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior. Portanto, o caráter de nexo, de liame, entre a conduta e o bem jurídico atribuído ao objeto da ação,

faz com que reúna duas propriedades que definem seu conteúdo. De um lado, trata-se de objetos da realidade física ou social em que se determinam os bens jurídicos; de outro lado, esses objetos tem a particularidade de estar submetidos ao âmbito da causalidade, o que implica que são diretamente lesionáveis através de ações individuais. A conjunção de ambas as propriedades é o que permite que o objeto da ação seja utilizado como 'ponte' entre a função de proteção de bens jurídicos própria do direito penal e as características dos fatos que este submete à pena: a legitimação do direito penal para punir ações individuais provém de que estas últimas podem afetar realmente objetos em que se incorporam os valores sociais que o primeiro visa proteger (LAURENZO COPELLO apud PRADO, 2007, p. 142).

Enfim, a despeito das divergências acerca de qual bem jurídico o tipo penal de furto visa proteger, é certo que, tanto para Bitencourt (2007, p. 6) quanto para Hungria, conforme visto, para configuração do ilícito é necessário que a subtração não seja “a simples retirada da coisa do lugar em que se encontrava; é necessário, posteriormente, sujeitá-la ao poder de disposição do agente”. Assim, a finalidade deste será a disposição da coisa, com intenção definitiva, para si ou para outrem. “Enfim, a tipificação do crime de furto materializa-se com a subtração da coisa móvel, pertencente a outrem, orientada pela intenção do agente do assenhoreamento, próprio ou de terceiro” (BITENCOURT, p. 7). Dessa forma, o momento consumativo do delito revela a ligação entre o bem jurídico tutelado e o objeto de ação no tipo penal de furto.

No mesmo sentido, Fragoso (1976, p. 296) explica que para a consumação do furto, no sistema do código atual, é necessário que o agente tenha completado a subtração da coisa, sendo que

o próprio conceito de subtração exige o rompimento de um poder material de detenção sobre a coisa, e o estabelecimento de um novo. Em consequência, somente estará consumado o furto quando a coisa for tirada da esfera de vigilância do sujeito passivo, do seu poder de fato, submetendo-a o agente ao próprio poder autônomo de disposição.

Ao lado da aparente unanimidade entre os doutrinadores em considerar que o furto estará consumado uma vez que o agente tenha sujeitado o bem a sua disposição, há igualmente o entendimento de que para a configuração do crime de furto é irrelevante a

identificação e individualização da vítima, pois a lei não protege o patrimônio de alguém em particular, mas de todos em geral; por isso, basta a certeza de que o bem furtado não pertence ao agente, isto é, trata-se de coisa alheia. Assim, em não sendo descoberto ou identificado o proprietário ou possuidor da coisa furtada, por si só, não afasta a tipicidade da subtração de coisa alheia (BITENCOURT, 2007, p. 6).

Superado este breve panorama acerca da objetividade jurídica do crime de furto, é importante precisar algumas especificidades dadas pelo legislador à referida conduta delitiva.

A legislação estabelece que caso este delito seja praticado no “período noturno”, a pena de reclusão será aumentada em um terço (§1º); caso o réu seja primário e o bem furtado for de pequeno valor, o furto é considerado “privilegiado”, sendo possível reduzir a pena em até dois terços ou aplicar somente multa (§2º). A redação prevista na legislação brasileira é transcrita a seguir:

Art. 155

.....
 §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.

Observa-se que embora a prática do furto “durante o período noturno” não qualifique o crime, há previsão do aumento da pena para o delito nesta circunstância. Para Bitencourt (2007, p. 20), o fundamento desta majorante é equivocado e não tem razão de ser mantido no limiar do Século XXI. Explica o autor que, ao legislador assim dispor, em 1940, quando a lei foi promulgada, considerou-se que a prática do furto à noite é facilitada, proporcionando ao agente maior probabilidade de êxito, assegurando-lhe mais facilmente a fuga. Enfim, entendia-se que nessa circunstância os meios de defesa do indivíduo eram diminuídos e os de execução e êxito do delito eram ampliados, por outro lado, o autor discorda do argumento de que a prática do furto em período noturno denota maior periculosidade do agente, sobretudo, considerando-se o atual cotidiano urbano em que ilícitos mais graves que o próprio furto são praticados à luz do dia.

A previsão do tipo privilegiado encontra justificativa no princípio da proporcionalidade. O pequeno desvalor do resultado e a primariedade do agente recomendam menor reprovação do furto, justificando, assim, a redução da sanção para adequá-la à menor gravidade do fato.

Bitencourt (2007, p. 23) explica que a primariedade, como primeiro requisito necessário para a configuração da minorante, embora encerre um conceito negativo, não se confunde com não reincidência. Com a reforma penal de 1984 (Lei nº 7.209), um novo conceito foi introduzido na legislação penal brasileira: o de “não reincidente”. Explica o autor que:

A Parte Geral do Código adota um critério distinto do da Parte Especial: trabalha com os conceitos de “reincidente” e “não reincidente”, enquanto a Parte Especial utiliza os conceitos de “reincidente” e “primário”. Anteriormente, “reincidente” e “primário” constituíam definições excludentes: ou uma ou outra, tanto que se adotava o seguinte conceito “primário é o não reincidente”. A partir da reforma penal referida, essa concepção deixou de ser verdadeira, na medida em que passaram a existir três, digamos, categorias: primário, reincidente e não reincidente. Com efeito, chama-se primário quem nunca sofreu qualquer condenação irrecorrível; reincidente, quem praticou um crime após trânsito em julgado de decisão condenatória (em primeiro ou em segundo grau), enquanto não tenha decorrido o prazo de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena; não reincidente, como categoria, é aquele que não é primário e tampouco ostenta a condição de reincidente (essa é a definição exclusiva para o direito brasileiro, sendo inaplicável, genericamente, às legislações alienígenas).

Assim, o termo “primariedade” previsto no tipo penal privilegiado do furto tem um conceito bem delimitado. Eventuais condenações anteriores, por si sós, ou meros antecedentes criminais negativos não são causa impeditivas do reconhecimento da existência desse requisito à luz de nosso ordenamento jurídico em vigor (BITENCOURT, 2007, p. 23-24).

O segundo requisito legal previsto no tipo privilegiado do furto trata de “coisa de pequeno valor”, definição não pacífica na doutrina nem na jurisprudência. Fragoso (1976, p. 301) explica que o legislador deixou entregue à livre apreciação do juiz a consideração do referido privilégio. O autor considera, por outro lado, que o pequeno valor deveria estar em função do patrimônio da vítima, devendo constituir valor insignificante para ela. No entanto, à época em que o autor escreveu suas observações

acerca deste tipo penal, em 1976, os tribunais já entendiam que “o pequeno valor é o que vai até o montante do salário mínimo da região”.

Para Bitencourt (2007, p. 24), a interpretação do referido elemento normativo do tipo deverá considerar as peculiaridades e as circunstâncias pessoais e locais do fato e cuja perda pode ser suportada sem mais dificuldades pela generalidade das pessoas. Ao encontro do que foi posto por Fragoso, Bitencourt ressalta que “embora nos desagrade a fixação de determinada quantidade, por sua relatividade, antes a necessidade de um paradigma, aceitamos a orientação majoritária, segundo a qual de pequeno valor é a coisa que não ultrapassa o equivalente ao salário mínimo”.

Destaca-se, por outro lado, que este mesmo autor é taxativo ao desconsiderar o provável prejuízo da vítima para que se configure o tipo privilegiado do furto:

O valor da *res furtiva* deve ser medido ao tempo da subtração, não se identificando com o pequeno prejuízo que dela resultar. Como a previsão legal refere-se a pequeno valor da coisa furtada, **é irrelevante a circunstância de a vítima recuperar o bem subtraído e não sofrer prejuízo algum.** Nos crimes contra o patrimônio, a recuperação do bem subtraído não pode ser admitida como causa de atipicidade da conduta do agente e nem mesmo como fundamento da privilegiadora “pequeno valor”. Os crimes contra o patrimônio tipificam-se pelo assenhoreamento da coisa subtraída, orientada pela ação dolosa do agente (2007, p. 26). [grifo da autora]

Este entendimento do autor vai ao encontro da perspectiva por ele adotada, como visto, em considerar que não afasta a tipicidade do furto a não identificação do proprietário ou possuidor.

Cumpramos destacar que a legislação brasileira, especificamente o Código Penal de 1969, acrescentava outra espécie de furto privilegiado, dispondo: “a atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal” (FRAGOSO, 1976, p. 302). No entanto, o referido Código – Projeto Nelson Hungria, de 1963 –, promulgado pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e retificado pela Lei nº 6.016/1973, teve sua vigência sucessivamente postergada, até ser revogada pela Lei nº 6.578/1978. Destaca-se que o Código Penal Brasileiro em vigor não apresenta dispositivo neste sentido.

Ainda referente ao valor econômico da coisa furtada, importa observar o disposto no § 3º do artigo que tipifica o furto, o qual explicita o que se equipara à “coisa móvel”, sendo, portanto, objeto do delito. No caso qualquer coisa “que tenha valor econômico”:

Art.	155.
.....	
§3º. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.	

Para os crimes contra o patrimônio, de modo geral, Hungria (1967, p. 7) foi claro ao manifestar-se que estes podem “ser definidos como *species* de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de ofensa qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público”, e a “nota predominante do elemento patrimonial é o seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia”.

No entanto, destaca-se: ainda no ano em que escreveu acerca da legislação penal em vigor, Hungria (*idem*, p. 8-10) levantou a questão, então objeto de debate entre doutrinadores, sobre a amplitude atribuída pelo direito penal ao conceito de patrimônio, mais extenso que o dado pelo direito civil. Isso porque vinha-se reconhecendo crime patrimonial ainda quando se tratasse de coisa sem valor econômico ou de valor puramente sentimental.

Sobre a questão, o autor posicionou-se à época entendendo por patrimonial aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (valor de afeição), para o seu proprietário. Em suma, para Hungria (2007, p. 26), “Tal como no direito civil, não há em direito penal ilícito patrimonial sem um dano ou perigo de dano patrimonial *contra jus*, mas cumpre não esquecer que, *in utroque jure*, o conceito de *dano patrimonial* é mais amplo que o de dano econômico”.

Ao explicar o seu argumento, Hungria cita Francesco Antolisei (apud HUNGRIA, 1967, p. 10-11), jurista italiano contemporâneo do autor, do qual compartilhava compreensão sobre o tema:

Pôsto que também essas coisas fazem parte do patrimônio, a subtração delas representa, sem dúvida, uma *deminutio patrimonii* e, assim, constitui dano patrimonial, o que vem demonstrar que não existe uma perfeita, absoluta identidade entre dano patrimonial e dano econômico: o primeiro compreende o segundo, mas tem uma

extensão maior, referindo-se também a coisas não suscetíveis de valor de troca.

Assim, para o autor, não há furto sem efetivo desfalque do patrimônio alheio, é, no entanto, irrelevante se o agente foi movido por fim de lucro ou se alcançou efetivamente algum lucro. O importante é que a coisa furtada, ainda que de exíguo valor econômico, ou que não tenha outro, senão afetivo, possa ser considerada como integrante do patrimônio de seu dono. Por isso, para ele, o valor mínimo da coisa pode ser uma minorante (art. 155, §2º), mas não uma discriminante do tipo penal de furto.

No entanto, em contraposição a esse pensamento – a nota predominante do elemento patrimonial está em seu caráter econômico, considerando como patrimoniais por extensão aquelas coisas que representam uma utilidade ainda que simplesmente moral – há autores, como Fragoso, que advertem não poder existir crime patrimonial se não houver lesão especificamente a interesse jurídico apreciável economicamente (BITENCOURT, 2007, p. 12-13). Nas palavras de Fragoso (1987b, p. 3):

A mim me impressionaram já há algum tempo grandemente essas idéias, mas eu creio que realmente os crimes patrimoniais não podem se configurar, se o objeto da ação ou o prejuízo causado não é avaliado em dinheiro, não tem valor patrimonial. Não há crime patrimonial sem lesão de interesse economicamente apreciável.

Assim, se de um lado existem os que condicionam a existência de crime patrimonial à lesão de interesse economicamente apreciável; há de outro, os que, embora reconheçam a importância do aspecto econômico nos crimes patrimoniais, advertem que, “se algum bem moral for constituído por alguma coisa, deve ser considerado “coisa” no sentido jurídico, pois é nessa condição que assume valor patrimonial. Efetivamente, determinada coisa pode não ter valor para o agente, mas ser extremamente valiosa para a vítima” (BITENCOURT, 2007, p. 12).

Pode-se observar que se tomada essa segunda orientação, a descrição típica não exigirá que a finalidade do agente seja a obtenção de vantagem ilícita, ou mais precisamente, que a ação tenha como objetivo a obtenção de lucro. Para Bitencourt (2007, p. 13), é irrelevante o motivo ou a finalidade que orientou a conduta do agente, ou seja, é absolutamente desnecessário que o sujeito ativo tenha praticado a subtração visando à obtenção de lucro ou mesmo que tenha conseguido efetivamente algum lucro, sendo suficiente que o tenha feito para “si ou para outrem”, sabendo se tratar de coisa alheia, e apresente algum dano patrimonial. Contudo, este dano não deve ter, enfim,

para o sujeito passivo, apenas valor monetário, mas representar, pelo menos alguma utilidade, de qualquer natureza, para que possa ser considerada integrante de seu patrimônio.

Quanto ao modo de execução, a doutrina entende que o furto pode revestir-se de circunstâncias que lhe imprimem um cunho de maior gravidade, por isso que traduzem um especial *quid pluris* para frustrar a vigilante defesa privada da propriedade. Tais circunstâncias entram, então, a funcionar como “condição de maior punibilidade”, e o furto se diz qualificado (HUNGRIA, 1967, p. 38).

O “furto qualificado” está previsto no §4º do art. 155, o qual determina que a subtração praticada com destruição ou rompimento de obstáculo, com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa e mediante concurso de duas ou mais pessoas terá a pena de dois a oito anos de reclusão. Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, a pena é de três a oito anos (§5º).

Art.	155.
.....	
§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.	

Como explica Bitencourt, com a previsão dos tipos penais de furto qualificado, o legislador buscou refletir a maior gravidade na violação do patrimônio alheio, praticada pelo agente do furto, o que, em seu entendimento, representa maior alarme social, tornando a conduta mais censurável e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, quer pelo maior desvalor da ação, quer pelo maior desvalor do resultado. Nas suas palavras (2007, p. 26-27):

A graduação do injusto penal observa sua maior ou menor danosidade, que ora é representada, como dissemos, pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, como destaca Weber Martins Batista, a reprovabilidade é maior para quem utiliza meios excepcionais para superar obstáculos defensivos do patrimônio alheio, ou se organiza para essa finalidade, ou, ainda, trai a confiança que alguém lhe depositara, descuidando-se, por isso mesmo, da vigilância do patrimônio.

Vale destacar que, em todos os casos previstos na legislação, seja o furto simples, sua forma privilegiada ou qualificada, o crime é considerado tentado se, iniciada a execução, ele não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP). Nessa hipótese a pena deve ser diminuída de uma a dois terços.

No entanto, não é pacífico na doutrina o momento consumativo do crime de furto. Debatem-se várias teorias, umas extremadas, outras temperadas. Apesar de, como foi visto, ser praticamente pacífico o entendimento de ser irrelevante indagar se foi alcançado o fim último do agente, que, via de regra, é o de locupletação própria ou de outrem (HUNGRIA, 1967, p. 27).

Para alguns doutrinadores como Hungria (1967, p. 25-26) não se pode dizer ter-se consumado um furto senão quando a custódia ou vigilância, direta ou indiretamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Assim, se o agente é alcançado, e o bem furtado é apreendido, seja pela força ou por desistência involuntária, independentemente de esse fato ocorrer quando já fora da esfera de atividade patrimonial do proprietário, o furto deixou de consumar, não passando da fase da tentativa. Pelo entendimento de Hungria, não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono. “Não chegou este a perder, de todo, a possibilidade de contato material com a *res* ou de exercício do seu poder de disposição sobre ela. A sua propriedade sofreu sério perigo, mas não propriamente uma efetiva lesão: a sua posse, como exercício da propriedade, foi perturbada, mas não definitivamente suprimida” (idem).

Para tanto, Hungria (1967, p. 27) suscita outro critério prático de distinção entre o furto consumado e o tentado:

se o furto consumado, no tocante à prisão legal do agente, não excluiu o caso de quase-flagrância, é inconciliável, no entanto, com o de flagrância plena. Se o ladrão logra interromper a perseguição ou esquivar-se a ela, sem dúvida consumou o furto e, em tal caso, só poderá ser legitimamente preso, *sine mandato capiendo*, se for encontrado, logo depois, com a *res furtiva*, na conformidade do art. 302, IV, do Código de Proc. Penal; se, entretanto, não alcançou

eximir-se à continuidade da perseguição e subsequente prisão, já agora em pleno estado de flagrância, o furto se há de considerar simplesmente tentado.

No entanto, Bitencourt (2007, p. 16) desenvolve mais a ideia do momento consumativo do crime de furto apresentando três orientações distintas: que é suficiente o deslocamento da coisa, mesmo que ainda não tenha saído da esfera de vigilância da vítima; que é necessário afastar-se da esfera de vigilância do sujeito passivo; que é necessário um estado de posse tranquilo, ainda que momentâneo.

Por outro lado, para o autor,

Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo que passageira, por parte do agente; em outros termos, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima, ingressando na do agente. A posse de que detinha a coisa é substituída pela posse do agente, em verdadeira inversão ilícita.

Contudo, ainda que as duas circunstâncias – sair da disponibilidade da vítima e estar na posse tranquila do agente – devam estar presentes para consumir o furto, Bitencourt (2007, p. 17) reconhece a possibilidade de ocorrer a consumação do furto, sendo o agente preso em flagrante.

No caso, essa possibilidade ocorre em virtude da amplitude dada ao conceito de flagrante estabelecido pelo art. 302, IV, do Código de Processo Penal, o qual permite essa interpretação. Segundo esse dispositivo, considera-se em flagrante delito mesmo quem “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração”. Assim, é possível que o bem furtado saia da esfera de vigilância da vítima e, ainda que momentaneamente, o agente tenha tido sua posse tranquila, tendo-se consumado o furto. “Enfim, a prisão em flagrante, com consequente brevidade da posse, não descaracteriza o furto consumado, pois para que o delito se consuma não é necessária a posse definitiva ou prolongada da *res furtiva*, bastando a posse efêmera, com a saída da esfera de vigilância da vítima” (BITENCOURT, 2007, p. 17). Por isso, para Bitencourt (*idem*, p. 18), sempre que a execução for impedida de prosseguir antes de o objeto da subtração ser deslocado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima para a posse tranquila do agente, não se pode falar em crime consumado.

Por fim, referente à função da pena cominada ao tipo penal de furto, é destacado que, apesar do caráter eminentemente retributivo previsto para este tipo penal pelo legislador em 1940, o qual via na “finalidade própria da lei penal, que não tem em vista apenas a lesão antijurídica do patrimônio em si mesmo, senão também o indivíduo-agente, na sua personalidade anti-social, revelada *in concreto*” (HUNGRIA, 1967, p. 12), hoje é reconhecido o pequeno potencial ofensivo deste crime. Entende-se, em muitos casos, ser desproporcional a atribuição de pena privativa de liberdade para ele.

Fragoso (1987, p. 3) reconhece que:

O sistema de direito penal está hoje em crise. Põe-se em dúvida o efeito preventivo do sistema punitivo, e não é possível emendar o criminoso através da pena. Verifica-se que a prisão necessariamente avilta, deforma a personalidade e corrompe o condenado. O exame da administração da justiça criminal revelou que o sistema funciona de forma seletiva, profundamente injusta e opressiva. Há evidente incongruência entre as aparências do magistério punitivo e suas dramáticas realidades. A tendência generalizada é a de reduzir ao máximo a área de incidência do Direito Penal, tendo-se em vista o alto custo social que a pena apresenta: as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas à pena quando isso seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova política criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização), e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (despenalização). Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa.

De acordo com esse ideário, a Exposição de Motivos⁷ da Parte Geral do Código Penal Brasileiro,⁸ em seu item 26, informa que a política criminal adotada em nosso país está orientada para proteger a sociedade brasileira e que a partir de 1984 passaria a restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade.

⁷ Publicada no Diário do Congresso (Seção II) de 29 de março de 1984.

⁸ BRASIL. Lei nº 7.209 de 11 de novembro de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil. Brasília DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: jun. 2009.

O objetivo declarado, portanto, é defender a sociedade brasileira, mas impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.

Com a reforma do Código promulgada no ano de 1984, foi reconhecido pelo Estado brasileiro, por conseguinte, a inadequação e a nocividade do tratamento penal por ele ministrado, a inutilidade dos métodos empregados no tratamento dos chamados “delinquentes”, o elevado custo da construção e a manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação.

Não se discutiu, à época, o encarceramento nos estabelecimentos daqueles considerados “de alta periculosidade”, ou mesmo o porquê desta, mas considerando a situação atual de intensa criminalidade, superpopulação carcerária e da reconhecida inadequação do tratamento penal, deu-se crédito e passou-se a viabilizar que outras formas de penalidade, que não o cárcere, se apresentassem como uma alternativa real e inovadora para a execução penal.

Assim, tais fatores instigaram questionamentos quanto ao uso da privação da liberdade como resposta punitiva do Estado e impulsionaram a busca por soluções alternativas para aqueles infratores que “não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade”. Daí a proposta de uma resposta penal que buscasse associar a natureza punitiva, educativa e (re)socializadora, não retirando o indivíduo da sociedade, nem o excluindo de seu convívio social e familiar.

É neste contexto que a reforma penal e penitenciária de 1984 foi realizada, quando se introduziu em nosso ordenamento as penas restritivas de direitos (Leis nºs 7.209 e 7.210 de 1984), passando pela implantação dos juizados especiais criminais estaduais (Lei nº 9.099 de 1995) e culminando na lei que ampliou o seu rol (Lei nº 9.714 de 1998) e na que criou os juizados especiais federais (Lei nº 10.259 de 2001).

Assim, foi com o advento da Lei nº 7.209 de 1984, responsável pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, que se acolheu o sistema de penas alternativas – ou substitutivas, em nosso ordenamento jurídico. Tais penas assumem caráter geral na legislação, posto que podem substituir a pena privativa de liberdade cominada na parte especial, independentemente do título em que esteja inserido o delito em questão, desde que presentes os requisitos autorizantes.

Desse modo, as penas restritiva de direitos – substitutivas por excelência – encontram-se expressamente previstas no art. 43 do Código Penal e abrangem as seguintes espécies: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço a comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de final de semana.

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos encontra-se condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do CP. Assim exigem-se como condições objetivas à referida substituição: a) que a pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; ou b) que o crime seja culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

Destaca-se que, conforme o ensinamento de Bitencourt (2009, p. 520), apesar de autônomas, as penas restritivas de direitos não perdem o caráter de substitutivas ou alternativas, pois, além de não serem contempladas nos tipos penais da parte especial, como as demais, limitam-se àqueles crimes dolosos que receberem em concreto pena privativa de liberdade não superior a quatro anos; ou aos crimes culposos, independentemente da pena aplicada. Inclusive, ressalva, o autor, que para penas concretizadas na sentença de até quatro anos, não se faz distinção entre crime doloso e crime culposos, pois a pena privativa de liberdade de qualquer dos dois poderá ser substituída, desde que satisfeitos os demais requisitos.

De qualquer forma, na hipótese de aplicação de pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, admite-se a substituição por uma pena restritiva de direitos ou multa; se superior a um ano, a pena privativa pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (art. 44, §2º do CP), quando suscetíveis de execução simultânea (PRADO, 2007, p. 603).

Além dos requisitos e da natureza objetiva, impõem-se a presença simultânea de requisitos subjetivos, arrolados nos incisos II e III do art. 44 do CP: a) que o réu não seja reincidente em crime doloso; b) que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição seja suficiente (PRADO, 2007, p. 604).

Assim, durante as circunstâncias pessoais a serem avaliadas está o fato de não ser o réu reincidente, ou seja, não ter ele cometido novo crime – de natureza dolosa – no período igual ou inferior a cinco anos, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, contado da data do cumprimento ou extinção da pena (arts. 63 e 64, I, do CP).

No entanto, destaca-se que a própria reincidência em delito doloso não veda de modo absoluto a substituição se, diante da condenação anterior, a medida for “socialmente recomendável” e não se tiver operado em razão da prática do mesmo crime (art. 44, §3º, CP).

Como se vê, pelos requisitos autorizativos, o crime de furto, tanto na sua forma simples quanto qualificada, é hipótese em que a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito é possível. Afinal, o limite de quatro anos criado pela Lei nº 9.714/98 não se refere à pena cominada em abstrato, mas, ao contrário, contempla o limite máximo de pena concretizada na decisão final condenatória (BITENCOURT, 2009, p. 559).

Nesta primeira parte do trabalho buscou-se apresentar um breve panorama elaborado pela doutrina acerca da finalidade do direito penal e da função atribuída às penas. Igualmente foi apresentada a orientação dogmática sobre a aplicação da normativa do tipo penal de furto.

O próximo objetivo deste trabalho é apresentar o diagnóstico realizado pelo GCCrim acerca da criminalização dos furtos no Distrito Federal, o qual pretende evidenciar a prática jurídico-penal quando do seu processamento pelas agências formais de controle.

2 A PRÁTICA JURÍDICO-PENAL DIANTE DO DISCURSO

Busca-se, nesta segunda parte do trabalho, avaliar por meio da demonstração da prática do sistema de justiça criminal se os bens jurídicos são efetivamente protegidos, como usualmente proclamado pelo discurso jurídico-penal.

A fim de problematizar o discurso jurídico-penal apresentado na primeira parte desta pesquisa, acerca da finalidade do direito penal em proteger os bens jurídicos objetos do tipo penal de furto, foram selecionados dados de pesquisa documental realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCrim) da Universidade de Brasília (UnB), cujo tema proposto consistiu a avaliação da eficácia das medidas alternativas.

2.1 A CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NO DISTRITO FEDERAL EM CASOS DE FURTO

2.1.1 Quem furta?

De modo geral, o perfil das pessoas criminalizadas por furto é, em sua maioria, homens jovens, desempregados, com um nível de renda e escolaridade muito baixo. E, considerando a distribuição da população do Distrito Federal, pessoas de cor preta ou parda são mais criminalizadas por essa conduta que as brancas.

As faixas de idade estipuladas na tabela demonstram que 54,02% dos réus são jovens de até 24 anos, e o percentual da faixa de 18 a 19 anos, ou seja, logo após a aquisição da maioridade penal, representa percentual significativo, 24,82% do total de casos estudados.

No que se refere ao critério idade, portanto, os réus de furto são pessoas jovens de até 30 anos de idade.

Tabela 2

Distribuição da idade do réu na época do furto

IDADE DO RÉU NA ÉPOCA DO FURTO	PERCENTUAL
18 a 19 anos	24,82%
20 a 24 anos	29,20%
25 a 29 anos	16,78%
30 a 49 anos	29,20%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Outra informação interessante é o poder aquisitivo dessas pessoas. A maioria dos réus, com base na Tabela 2, não estava empregada à época da prática do fato. O percentual de desempregados processados por furto aproxima-se de 60% do total.

Tabela 3

Distribuição da condição de emprego do réu na época do furto

RÉU EMPREGADO	PERCENTUAL
Não	59,13%
Sim	40,87%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Os dados a fortalecer esta perspectiva são relativos à renda. A seguir, a Tabela 4 demonstra que, dos réus que declararam renda, até 50% deles ganhavam menos que R\$ 300,00 (trezentos reais).

Tabela 4

Distribuição da renda do réu na época do furto (*Em R\$*)

RENDA DO RÉU NA ÉPOCA DO FURTO	VALOR EM R\$
Menor renda	60,00
1ª quartil	200,00
Mediana	220,00
3ª quartil	359,00
Maior renda	1.000,00
Contagem	57
Renda média	321,10
Renda modal	200

Obs.: O 1º quartil representa até 25% dos casos; a mediana representa até 50% e o 3º quartil até 75%.

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

De modo geral, portanto, os réus de crimes patrimoniais como o furto são, em sua maioria, pessoas desempregadas ou que possuem baixa renda.

Outra informação acerca do perfil dos réus de furto é com relação ao sexo. Restou demonstrado que, em sua maioria, são do sexo masculino. O percentual de mulheres criminalizadas pelo tipo penal é muito pequeno, não ultrapassando 10% do total de furtos registrados.

Tabela 5

Distribuição do sexo do réu

SEXO DO RÉU	PERCENTUAL
Masculino	90,85%
Feminino	9,15%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Outro dado extremamente relevante para a análise é a distribuição dos réus pela cor. Para melhor situar os dados obtidos pela amostra da pesquisa, seguem os dados da

Pesquisa Distrital por Amostra de Domicílios (Pdad) 2004. Por ele a distribuição da população do DF, conforme a Cor ou Raça Declarada é a seguinte:

Tabela 6

Distribuição da população do DF, conforme cor ou raça declarada

COR OU RAÇA	PERCENTUAL
Branca	43,3829
Preta	4,6937
Parda/Mulata	51,9234

Fontes: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa e IBGE.

Elaboração própria.

Considerando somente as três cores ou raças principais, as que tiveram ocorrência na amostra, fica evidente, comparando a Tabela 7 abaixo com a anterior, a disparidade na distribuição de raça.

Tabela 7

Distribuição da cor do réu

COR DO RÉU	PERCENTUAL
Pardo	64,58%
Branco	18,75%
Preto	9,72%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.

Elaboração própria.

Observa-se que, quanto ao critério cor, existe uma disparidade na distribuição de raça entre os processos analisados na pesquisa. Enquanto a população branca, segundo a Pdad 2004 representa 43,3829% da população do DF, tem-se que ela é sub-representada na Tabela 7 de furto que trata da distribuição da cor do réu. No caso, o percentual foi de 18,75%.

Contudo, enquanto existe um percentual de 56,6171% de pessoas pretas e pardas na população do DF, a Tabela 7, que trata da distribuição da cor dos réus nos

casos de furto, indica o percentual de 74,30% de pessoas pretas e pardas na amostra estudada.

Nota-se que a distribuição de pessoas pretas e pardas, réus de furto, não reflete o percentual dessa população no DF. Conclui-se, portanto, que há maior criminalização de pessoas pretas e pardas na atuação do sistema de justiça penal quando se trata de processos de furto.

Por fim, outro elemento interessante a ser destacado trata-se do grau de escolarização das pessoas criminalizadas. Apesar da ocorrência de pessoas analfabetas entre os casos estudados representarem um percentual baixo, tem-se que, para os casos de furto, a maior parte dos réus apresentava escolaridade muito baixa. No caso, 60,42% tinham o 1º grau incompleto.

Tabela 8

Escolaridade do réu

ESCOLARIDADE DO RÉU	PERCENTUAL
Até 1º grau incompleto	73,48%
1ª grau completo ou mais	26,52%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

2.1.2 O furto e o bem jurídico

2.1.2.1 Apreensão e restituição do bem *versus* tentativa

Pelos dados apresentados pelas Tabelas que seguem, poder-se-á perceber um alto índice de apreensão e restituição dos bens furtados entre os casos estudados.

Tabela 9

Distribuição do tipo de apreensão do bem

APREENSÃO DO BEM	PERCENTUAL
Bem não saiu do local dos fatos	39,29%
Bem apreendido em situação de perseguição	34,29%
Bem apreendido depois dos dias dos fatos	12,86%
Bem não apreendido	8,57%
Bem apreendido no dia dos fatos sem perseguição	5,00%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Tabela 10

Restituição do bem

RESTITUIÇÃO DO BEM	PERCENTUAL
Sim	83,82%
Não	8,82%
Parcial	7,35%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Consta que em apenas 8,57% dos casos, Tabela 9, o bem não foi apreendido, percentual muito próximo dos casos registrados para a não restituição do bem, como se pode observar na Tabela 10, cujo percentual foi de 8,82% dos casos analisados.

Frisa-se que em 83,82% dos casos o bem foi restituído às vítimas.

Destaca-se, igualmente, um alto percentual para os casos em que o bem furtado sequer saiu do local dos fatos ou foi apreendido ainda em situação de perseguição, no caso 73,58% do total dos furtos estudados. Foi visto que em ambos os casos há entendimento doutrinário, embora não pacífico, de serem situações em que a tentativa do crime de furto poder-se-ia estar configurada. O entendimento seria de que a posse,

como exercício da propriedade, havia sido perturbada, mas não definitivamente suprimida (HUNGRIA, 1967, p. 25-26).

Tabela 11

Correlação entre tentativa e apreensão do bem (Em quantidade)⁹

APREENSÃO DO BEM	TENTATIVA		TOTAL
	SIM	NÃO	
Bem não saiu do local dos fatos	51	4	55
Bem apreendido em situação de perseguição	24	24	48
Bem apreendido depois dos dias dos fatos	3	15	18
Bem não apreendido	-	12	12
Bem apreendido no dia dos fatos sem perseguição	2	5	7
Não Informado	-	4	4
Total geral	80	64	144

Fonte: Processos do TJDFDT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

No entanto, pode-se inferir, pelos dados da Tabela 11, que para o sistema de justiça criminal do Distrito Federal não há consenso acerca de que tese adotar quando da avaliação do tipo penal tentado. No caso da apreensão em situação de perseguição, sobretudo, constatou-se que em metade dos casos a tentativa foi considerada.

Destaca-se que, em 55,55% dos casos estudados, o furto não foi considerado consumado, tendo-se processado o agente pela tentativa (80 casos em 144).

Contudo, foi igualmente destacado que há o entendimento por parte da doutrina de ser irrelevante a circunstância de a vítima recuperar o bem subtraído e não sofrer prejuízo algum, não representando, portanto, causa de atipicidade da conduta do agente nem mesmo fundamento de qualquer privilegiadora (BITENCOURT, 2007, p. 26). Esta orientação está confirmada na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como nos julgados que seguem:

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 155, § 4º, I E IV DO CP. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE DESQUALIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA. CONSUMAÇÃO DO CRIME. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. AUSÊNCIA DE

⁹ Após os devidos cálculos da amostragem da pesquisa foram preenchidos 144 formulários de furtos.

LAUDO PERICIAL. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. Não há que se falar em tentativa, pois o crime de furto se consuma no momento em que o agente se assenhora do bem, ainda que não venha a ser tranquila a posse.

3. A ausência de prejuízo e/ou a restituição integral do produto do crime não torna atípico o fato.

[...] (BRASIL, 2009).

PENAL. ART. 155, § 4º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CP. ABSOLVIÇÃO OU EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. ARREPENDIMENTO E REPARAÇÃO DO DANO. INOCORRÊNCIA.

- A materialidade e a autoria, quando estão indubitavelmente demonstradas, bem como o concurso de pessoas, vez que amplamente demonstrado pelas provas coligidas, o ajuste prévio, o acordo de vontades e a divisão de tarefas entre os comparsas do acusado, não há de se falar em absolvição e, tampouco, em exclusão da qualificadora incidente.

- O arrependimento não deve ser considerado se o crime só não foi consumado por circunstâncias alheias à vontade do réu, qual seja, a imediata reação da vítima.

- A reparação do dano ou a restituição da coisa só podem ser avaliadas em favor do agente se ocorreram por ato voluntário.

- Negado provimento ao recurso. Unânime (BRASIL, 2008).

De todo modo, esses dados devem ser sopesados no momento da aplicação da lei penal, porque trazem ao intérprete dados concretos acerca do grau de lesividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal de furto (BITENCOURT, 2009, p. 22). Isto sem olvidar que este ilícito é um típico caso destacado por parte da dogmática penal brasileira em que o objeto da ação coincide com o bem jurídico tutelado (PRADO, 2007, p. 257).

2.1.2.2 Incidências penais verificadas *versus* pequeno valor do bem furtado

Além do alto índice de furtos tentados, constatou-se que de um modo geral, ele ocorre na sua forma simples. O indivíduo “subtrai, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, não se vislumbrando nenhuma circunstância que agrave a natureza do furto praticado. Ele chega a quase 50% do total de ocorrências, enquanto suas formas qualificadas, elencadas nos incisos do §4º do art. 155 do Código Penal, juntas, totalizam 43,75%. É o que restou diagnosticado pelos dados apresentados pelas Tabelas 12 e 13.

Tabela 12

Distribuição da incidência penal detalhada

INCIDÊNCIA PENAL	PERCENTUAL
155 caput	47,22%
155 § 1º	0,69%
155 § 2º	6,94%
155 § 3º	1,39%
155 § 4º, Inc. I	5,56%
155 § 4º, Inc. I e II	1,39%
155 § 4º, Inc. I e IV	6,25%
155 § 4º, Inc. II	5,56%
155 § 4º, Inc. II e IV	3,47%
155 § 4º, Inc. III	2,78%
155 § 4º, Inc. IV	18,75%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Tabela 13

Distribuição da incidência penal

INCIDÊNCIA PENAL	PERCENTUAL
Furto Simples	49,31%
Furto Qualificado	43,75%
Furto Privilegiado	6,94%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Onde para esta questão foi utilizada a seguinte convenção:

- 1) Furto simples: Caput, § 1º e § 3º;
- 2) Furto qualificado: § 4º;
- 3) Furto Privilegiado: § 2º.

Para além da crítica exposta por Bitencourt (2007, p. 20) acerca da majorante prevista para os casos em que o furto ocorra durante o repouso noturno, entendendo seu

fundamento por equivocado e sem razão de ser mantido no limiar do Século XXI, em verdade, a sua ocorrência é quase ínfima. No caso, apenas 0,69% dos casos.

Em relação aos tipos qualificados, situação entendida de maior reprovabilidade em virtude dar maior gravidade na violação do patrimônio alheio, merecedora, portanto, de maior punibilidade (BITENCOURT, 2007, p. 26-27), percebe-se que a grande incidência está na execução do furto mediante concurso de duas ou mais pessoas (§4º, IV), a qual chega a representar 18,75% do total de casos estudados quando foi aplicada isoladamente. No caso, o percentual é de 6,25% desta qualificadora em concurso com a que indica a destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (§4º, I e IV) e 3,47 % com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (§4º, II e IV).

Observa-se ainda pelas Tabelas 12 e 13, que em apenas 6,94% dos casos estudados foram considerados furtos privilegiados apesar de a pesquisa ter revelado que os casos de furto praticados no DF no período compreendido entre 1997 e 1999 foram furtos de bens de uso pessoal e de pequeno valor.

Pela Tabela 14, em quase 50% dos casos (49,31%), o bem furtado foi de uso pessoal e/ou mercadorias. Especificamente, bens de uso pessoal, 27,78% da amostragem, e mercadorias, 21,53%.

O tipo de bem furtado confirma que a vítima em sua maioria foi pessoa física (77,42% dos casos). O percentual de vítimas pessoa jurídica para os casos de furto estudados foi bem pequeno, 22,58%.

Tabela 14

Distribuição do tipo de bem furtado

TIPO DE BEM	PERCENTUAL
Bens de uso pessoal	27,78%
Mercadorias	21,53%
Acessórios de veículo	18,06%
Eletrodomésticos/móveis	17,36%
Dinheiro	16,67%
Veículo	13,19%
Bicicleta	4,86%
Água/energia	1,39%

Arma	0,69%
TOTAL	100,00

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

O diagnóstico do tipo de bem furtado e quem foram as vítimas coincidem com o fato de que, em sua maioria, os furtos ocorreram em estabelecimentos comerciais (31,94%) e em vias públicas (28,47%).

Tabela 15

Distribuição do local do fato

LOCAL DO FATO	PERCENTUAL
Estabelecimento comercial	31,94%
Via pública	28,47%
Residência de pessoas físicas	22,92%
Veículo	11,81%
Local de Trabalho de pessoas físicas	2,78%
Hospital	0,69%
Outros: construção	0,69%
Transporte coletivo	0,69%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Sobre o valor do bem furtado, destaca-se que este não ultrapassou mais de R\$ 275,00 (duzentos e setenta e cinco reais) em até 50% dos casos. É o que nos indica a Tabela 16 que trata do valor do bem furtado para os casos estudados.

Tabela 16

Distribuição do valor do bem furtado (Em R\$)

MEDIDA DE POSIÇÃO	VALOR DO BEM FURTADO
Menor valor	7,98
1ª quartil	105,50
Mediana	275,00
3ª quartil	675,00
Maior valor	93.673,90

Obs.: O 1º quartil representa até 25% dos casos; a mediana representa até 50% e o 3º quartil até 75%.

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Pelos dados da referida Tabela, em até 25% dos casos o valor do bem furtado não ultrapassou R\$ 105,50 (cento e cinco reais e cinquenta centavos).

Cumprir destacar o valor do salário mínimo à época da coleta de dados da pesquisa. No caso, no período compreendido entre 1º de maio de 1997 a 30 de abril de 1998 era de R\$ 120,00 (cento e vinte reais); entre 1º de maio de 1998 a 30 de abril de 1999 o seu valor era de R\$ 130,00 (cento e trinta reais); e, entre 1º de maio de 1999 a 02 de abril de 2000 o salário mínimo representava 136,00 (cento e trinta e seis reais).¹⁰

Fazer o comparativo entre o valor do salário mínimo vigente à época dos furtos estudados e o diagnóstico do valor do bem furtado ganha destaque ao confrontar estas informações com o baixo índice diagnosticado para as ocorrências de furto privilegiado previsto no §2º do art. 155 (6,94% – Tabelas 12 e 13).

Como foi visto está entregue à livre apreciação do juiz a consideração do privilégio associado ao valor do bem furtado, lembrando que, normalmente, a interpretação busca avaliar o pequeno valor em função do patrimônio da vítima e das peculiaridades e as circunstâncias pessoais e locais do fato, representando como teto o valor equivalente ao salário mínimo (FRAGOSO, 1976, p. 301 e BITENCOURT, 2007, p. 24).

¹⁰ Fonte: Lei nº 9.971, de 18 de maio de 2000, que dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de maio de 1996, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9971.htm> >

De fato, para além do critério do pequeno valor, concorre para que seja considerado o furto privilegiado a “primariedade” do réu, lembrando que neste caso eventuais condenações anteriores, por si sós, ou meros antecedentes criminais negativos não são causa impeditivas do reconhecimento da existência desse requisito à luz de nosso ordenamento jurídico em vigor (BITENCOURT, 2007, p. 23-24).

Acontece que, na amostra pesquisada, revelou-se uma baixa ocorrência de réus reincidentes, ou seja, que estavam sendo processados pelo furto objeto da pesquisa, mas que tinham praticado um crime após trânsito em julgado de decisão condenatória, antes de transcorrer o prazo de cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena. Como visto, esta é a hipótese de exclusão da previsão para “primariedade” prevista no §2º do art. 155.

Pelas tabelas que seguem poder-se-á observar que dos 144 formulários de furto estudados, foi diagnosticado que, embora tenha sido comum a presença de pelo menos um antecedente, poucos réus se enquadravam no conceito técnico de reincidência.

Tabela 17

Resultado do feito

RESULTADO	TOTAL	%
Em andamento	90	50,56%
Arquivado/Extinção	41	23,03%
Condenação	40	22,47%
Suspenso	7	3,94%
Absolvição	-	
TOTAL	178	100,00%

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Por esta tabela, percebe-se que dos 178 antecedentes encontrados entre os 144 réus de furto estudados, apenas 22,47% do total referiam-se a condenações. No entanto, 50,56% ainda se encontravam em andamento.

De fato, pela Tabela 18, observa-se um alto índice de antecedentes que se referiam, tão somente, a inquéritos policiais. No caso, 44,44%.

Tabela 18

Tipo de feito do antecedente

ANTECEDENTE	TOTAL	%
PJ	100	55,56%
IP	80	44,44%
TOTAL	180	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Pelos dados que seguem da Tabela 19, entre o total de antecedentes diagnosticados, em torno de 180 (conforme Tabelas 17 e 18) foi pequena a quantidade dos que se referiam a sentenças com “trânsito em julgado”.

Tabela 19

Trânsito em julgado do antecedente

TRÂNSITO EM JULGADO	TOTAL
Sim	65

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Menor ainda foi o número de casos em que restou evidenciada a existência de antecedentes cumulados com condenação cuja data do trânsito em julgado era anterior à data do fato, isto é, casos de reincidência.

Tabela 20

Número de antecedentes com reincidência (data do trânsito em julgado da condenação anterior à data do fato)

ANTEC. COM REINCID.	TOTAL
Sim	32

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Ainda assim, é importante observar que de modo geral os antecedentes diagnosticados referiam-se a crimes patrimoniais. Em 68,10% dos casos, tratava-se de furtos e em apenas 11,04%, roubos. O percentual diagnosticado para antecedentes

referentes a crime contra a vida, no caso homicídio, foi menor que o percentual encontrado para crimes de menor potencial ofensivo, 3,07% e 5,52%, respectivamente.

Tabela 21

Tipo penal do antecedente

ANTECEDENTE	1º	2º	3º	4º	5º	TOTAL	%
Furto	39	27	17	15	13	111	68,10%
Roubo	8	4	3	2	1	18	11,04%
Menor potencial	5	1	2	1	-	9	5,52%
Homicídio	3	1	-	1	-	5	3,07%
Outros	10	7	2	1	-	20	12,27%
TOTAL	65	40	24	20	14	163	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Ressalta-se que avaliar a vida pregressa dos réus dos furtos estudados além de nos fornecer informação acerca do segundo critério necessário para a consideração, ou não, da hipótese de furto privilegiado, é importante, pois estas informações irão refletir, igualmente, na análise dos requisitos subjetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos arrolado no art. 44 do CP. Este artigo impõe que o réu não seja reincidente em crime doloso; que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição seja suficiente.

2.1.2.3 A perspectiva da vítima

Restou diagnosticado pelas entrevistas realizadas com as vítimas de crimes patrimoniais que a busca pelo Estado sinaliza para a necessidade de resgatar o bem que lhe foi tirado, ou para garantir amparo que faça cessar o sentimento de insegurança:

E estava com objetos no carro para vender. Sou vendedor e tinha acabado de encher o carro para levar as coisas para a feira. E o pior é que eles destruíram tudo, rabiscaram todo o carro e acabaram

com o motor (...) Demorou um pouco. Fiquei revoltado com o tempo, tive eu pedir dinheiro para arrumar o motor que destruíram. O carro achou rápido. Fiquei revoltado. Olha eu acho que esse cara deveria ter que me pagar o meu prejuízo, pois fiquei sem carro e ainda com dívida (vítima de furto)

[Se] a polícia tivesse tomado atitude antes, não chegaria ao ponto que chegou. Então, assim, não me sentiria ameaçada em ir trabalhar todos os dias, porque ele poderia muito em um dia... ele usava droga, eu sei disso, ele poderia ter cheirado e ter me pegado na rua, independente de nada (vítima de furto).

Além disso, essas falas também sinalizam que a interferência da vítima é muitas vezes importante para que a investigação policial seja realizada. O seu empenho em comunicar o fato à polícia, em fornecer dados para a identificação do autor ou para a localização do bem, em efetuar o flagrante, exerce influência para que haja o início de um inquérito policial.

Foram recorrentes falas que denunciaram serem as vítimas as responsáveis para que a polícia tivesse a notícia do crime, ou mesmo que revelaram sua interferência diretamente na autuação e identificação dos autores da conduta criminalizada:

Sim acompanhei, eu acho que um ponto foi que eu corri atrás do processo, corri atrás de solução. Primeiro quando eu cheguei na delegacia não queriam me dar um retorno nenhum, era um caso de furto e era comum na Ceilândia, não tinham tempo nem resposta. Então eu cheguei tive que fazer alguns telefonemas cheguei com o endereço dos ladrões e os nomes deles pra delegacia, com tudo, eu corri atrás porque minha indignação era muito anterior ao fato meu carro, não foi uma questão de ter sido meu carro, mas é porque tinham um estoque de furto naquele local, meu carro era o 13 em um ano, eu cheguei com tudo pronto. [...] Se eu não tivesse feito pressão na delegacia, se eu não tivesse pressionado, porque eu pressionei, por que pra eles é comum o que é que tem... [...] Se eu não tivesse pressionado não teria acontecido absolutamente nada, não teria chegado a ponto algum, tinha acabado em pizza, não teria nem tido ocorrência praticamente (vítima de furto).

O processo caminhou bem na minha opinião, como foi flagrante eu é que peguei o ladrão e chamei a polícia eles foram lá e tudo se resolveu (vítima de furto).

A experiência que eu tive é o seguinte foi um roubo de um tênis eu vi o cara entrar na minha casa e pegou o tênis que tava assim na varanda. Só que meu filho foi atrás dele, só que nesta corrida do meu filho ele correndo e meu filho atrás dele pra pegar o tênis tinha 2 policiais que andavam na quadra eles andavam de bicicleta então os policiais conseguiu pegá-lo (vítima de furto).

Ainda que a legislação vigente no Brasil determine que a ação penal dos crimes de furto não dependa de representação da vítima, pois em regra é pública

incondicionada, as evidências empíricas anteriormente descritas indicam como a iniciativa da vítima exerce forte influência para o início de uma investigação criminal de crimes de furto.

No entanto, na perspectiva das vítimas dos casos de furto estudados, ainda que tenham sido essas suas expectativas iniciais frente ao sistema de justiça criminal, o dimensionamento do conflito do qual fizeram parte representou um somatório de múltiplos fatores. Não é a posse em si, nem a propriedade o mais reclamado ao fim do processo. Para além do prejuízo patrimonial advindo do furto, outros traumas, tão importantes quanto este, estão agregados.

É o que se depreende das entrevistas realizadas com as vítimas do referido crime patrimonial, segundo as quais, os traumas vividos da experiência do delito são para além da perda da posse e/ou da propriedade. Isto é não giram, tão-somente, em torno do objeto do furto em si. Falas que indicam a ausência de reparação do dano ou que tratam das perdas irreparáveis (associadas ao valor afetivo agregado ao bem perdido) estão presentes.

Por exemplo, percebeu-se que a lesão sofrida pela vítima não se resume ao dano patrimonial, somando-se a ele um elemento de abalo psicológico. Neste sentido, destaca o seguinte trecho de entrevista com uma vítima em que essa repercussão extrapatrimonial do conflito fica patente:

Mas a questão não era a máquina se ela quisesse ela podia até ficar, a questão era o conteúdo que estava dentro da máquina e como ela não sabia nem manjar a máquina ela simplesmente puxou o filme, isso foi o que mais me chateou. “Olha se você soubesse pelo menos tirar o filme”. Eu não queria nem saber de máquina. Porque para mim era o de menos. Porque parte da história ficou perdida, tenho todas as outras e essa não [...] as lembranças ficaram marcadas só na mente. (vítima de furto).

Nesse ponto, faz-se remissão ao dilema indicado por parte da doutrina acerca da existência de crime patrimonial estar condicionada à lesão de interesse economicamente apreciável (BITENCOURT, 2007, p. 12-13). Como visto, para as vítimas, a compreensão é de estarem agregados valores não monetários, mas que são igualmente patrimoniais aos bens delas furtados.

Destaca-se, no entanto, outro fator a ser agregado ao referido somatório de múltiplos fatores. Trata-se da desproporcionalidade entre o trauma sofrido pela perda do bem e o que adveio da relação negativa com a justiça criminal, pois o acesso ao sistema de justiça além de precário e humilhante não garantiu respostas do que aconteceu com o

processo ou mesmo que não sobreviessem represálias por parte dos réus. Daí a associação do fato a extremo sofrimento, impunidade, inferioridade; revolta, insegurança, medo e impotência.

Primeiro quando eu cheguei na delegacia não queriam me dar um retorno nenhum, era um caso de furto e era comum na Ceilândia, não tinham tempo nem resposta. Então eu cheguei tive que fazer alguns telefonemas cheguei com o endereço dos ladrões e os nomes deles pra delegacia, com tudo, eu corri atrás porque minha indignação era muito anterior ao fato meu carro, não foi uma questão de ter sido meu carro, mas é porque tinham um estoque de furto naquele local, meu carro era o 13 em um ano, eu cheguei com tudo pronto (vítima de furto).

Eu entrego um rapaz que mexe com drogas, que vive no submundo do crime, ele vai solto. O que eu vou pensar? Eu vou pensar que a qualquer momento ele vai me pegar (vítima de furto).

[Se] a polícia tivesse tomado atitude antes, não chegaria ao ponto que chegou. Então, assim, não me sentiria ameaçada em ir trabalhar todos os dias, porque ele poderia muito em um dia... ele usava droga, eu sei disso, ele poderia ter cheirado e ter me pegado na rua, independente de nada (vítima de furto).

Teve um processo. Eu vim aqui retirar o processo, eu vim aqui para o juiz e pedi para retirar o processo, porque todo o processo que estava acontecendo, só estava me trazendo transtorno. Só, eu estava sendo chamado para audiência, eu estava sendo chamado para alguma coisa, outra coisa, eu vim aqui e disse: “Senhor juiz, eu queria lhe fazer um pedido, para retirar o processo, porque eu não vi nada que acontecesse de melhor a partir do momento que eu tivesse ido na delegacia. Porque eu tinha adquirido meus bens materiais, nada, porque isso aí não era problema, não. Eu já gastei muito mais, em transporte para ir para lá, gasolina, perdendo tempo que eu tenho uma empresa, em deixar minha empresa só lá, ficar sentado aqui em bancos para audiência, para correr para um lado, para outro. Quer dizer, se eu somo todo esse tempo que perdi, daria muito bem para eu ter comprado um som novo, ter comprado um aparelho para mim, a parabólica e esse terceiro objeto, que eu não lembro qual foi”. Eu digo para você, a justiça é muito falha. Infelizmente, nós estamos em um país que a impunidade é muito grande, não sei aonde nós vamos parar, porque eu sou pequeno, eu sei que sofro, a corda só quebra do lado do mais fraco (vítima de furto)

No meu caso não cheguei ir ao juiz não, sempre fui de bem. Quando eu fui fazer a ocorrência o próprio delegado me jogou um balde de água fria, rapaz esta moto tu jamais acha, eles poderiam levantar mais meu astral, a você vai achar acabou que eu é que achei a moto, não tem mais jeito, na hora ele nem colocou uma viatura pra correr atrás, eu fui lá e assina aqui e em duas quadras eu achei ela[...] (vítima de furto)

Esse breve dimensionamento acerca da perspectivas iniciais e finais das vítimas com relação ao furto ganha importância ao considerarmos ser entendimento para a doutrina penal de que para a configuração do crime de furto é irrelevante a identificação e individualização da vítima, pois a lei não protege o patrimônio de alguém em particular, mas de todos em geral (BITENCOURT, 2007, p. 6). O que é contraditório com o diagnóstico de que a vítima acaba por ter um papel de destaque para que a notícia do crime chegue à polícia e de ser sujeito, com expectativas e frustrações, dentro da relação que se constituiu ao longo do processamento do caso de furto.

2.1.3 O furto e as funções da pena

2.1.3.1 Alto índice de prescrição e baixo cumprimento da pena

Restou diagnosticado que o índice de prescrição da pretensão punitiva reconhecida em sentença condenatória foi bastante alto, como demonstra a Tabela 22.

Tabela 22

Furto: resultado dos processos por circunscrição (*Em quantidade*)

Circunscrição	Condenação	Absolvição	Prescrição	Outros	Excluído	Total
Brasília	37	27	5	38	27	134
Ceilândia	39	32	9	3	31	114
Brazlândia, Paranoá, Samambaia	8	7	7	5	7	34
Gama	10	8	3	5	16	42
Planaltina	6	2	16	1	5	30
Sobradinho	19	5	5	4	2	35
Taguatinga	15	12	14	1	55	97
TOTAL	134	93	59	57	143	486

Fonte: Conta de liquidação (TJDFT) e folha de antecedentes penais dos réus que compuseram a amostra (INI). Elaboração própria.

Obs: Outros: inclui casos em que houve arquivamento de IP; extinção por morte do réu ou prescrição suspensa em razão do art. 366 do CPP: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional [...]”

Excluído: o feito não foi localizado no arquivo ou o tipo penal não era furto.

Há cidades em que o número de condenações assemelha-se ao de processos com prescrição, a exemplo de Taguatinga, Brazlândia e Paranoá, ou supera o dobro desse número, como em Planaltina.

Também na fase de execução da pena há baixa operacionalidade do sistema de justiça criminal. Registra-se que, dos processos de furto em que houve condenação, o índice de cumprimento da pena foi baixo, como se observa da Tabelas 22 a seguir.

Tabela 23

Forma de extinção da pena

FORMA DE EXTINÇÃO DA PENA	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
Pena cumprida	63	43,75%
Prescrição	25	17,36%
Passou o prazo	1	0,69%
Revogado	1	0,69%
Não Informado	54	37,50%
TOTAL	144	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Para a leitura dos dados desta Tabela cumpre destacar que para os 37,50% dos casos de “não informado” deve-se fazer a compreensão de que grande parte destes se refere a processos em que se estava aguardando cumprimento da pena. A ausência de informação se deve ao fato de a carta de sentença não ter sido juntada ao processo no arquivo do Tribunal.

Os dados anteriores mostram que, após dez anos da data dos fatos, lembrando que os feitos analisados foram distribuídos entre os anos de 1997 e 1998, apenas 43,75% das execuções penais de furto haviam sido concluídas.

Além disso, cabe ressaltar que há grande possibilidade de que as penas que ainda aguardam cumprimento sejam atingidas pela prescrição, dado o lapso temporal transcorrido.

2.1.3.2 Tempo de pena, conclusão do processo *versus* alto índice de prisão cautelar

Os dados da pesquisa documental mostram alto índice de inquéritos policiais iniciados por auto de prisão em flagrante. Os réus processados por furto no Distrito Federal são, em regra, presos provisoriamente, seja em razão de prisão em flagrante ou de preventiva decretada. Verifica-se que 75,69%, (Tabela 24) dos réus de furto são encarcerados provisoriamente em decorrência da prisão em flagrante.

Tabela 24

Tipo de prisão provisória

Tipo de prisão provisória	PORCENTAGEM
Flagrante	75,69%
Não houve prisão	20,83%
Preventiva cumprida	1,39%
Preventiva não cumprida	0,69%
Não Informado	1,39%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Sabe-se que a prisão cautelar deve inserir-se no contexto de extrema necessidade e excepcionalidade, sob pena de, ao ignorar por completo o princípio constitucional da presunção de inocência (inciso LVII, artigo 5º da Constituição Federal) e todas as garantias processuais e materiais dele decorrentes, tornarem o sistema processual penal ineficaz. Assim, deve-se dar maior relevância ao tratamento processual dado pelo Estado ao acusado, que, de acordo com Aury Lopes Junior (2005, p. 176) “não obriga apenas ao juiz manter uma postura ‘negativa’ (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)”. Assim, no processo, o princípio da presunção de inocência se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos e as regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente.

Nesse ínterim, se a intervenção penal ocorre sobre um inocente, devem ser reduzidas ao máximo as medidas que restrinjam os direitos do acusado durante o processo e, também, antes dele, de forma que a prisão cautelar assumam caráter de

extrema excepcionalidade. A privação da liberdade processual necessariamente deve implicar que a prisão provisória é o que vai possibilitar a garantia do processo penal. Ela deve representar o meio para a obtenção de um fim, que apenas será alcançado com a sentença penal. Dado este caráter excepcional, a avaliação da precindibilidade da medida cautelar deve ser cercada por uma principiologia estruturante, o que tão somente garantirá que a prisão sem sentença condenatória transitada em julgado estará coexistindo com a garantia da presunção de inocência (LOPES JUNIOR, 2005, p. 195).

Apesar disso, os dados obtidos pela pesquisa revelam que ainda que nos casos de furto haja expedição de alvará de soltura antes da sentença condenatória, a maioria dos réus de furto é detida cautelarmente por 8 a 15 dias ou 31 a 81 dias, registrando menos de 15% de casos em que réus de furto presos provisoriamente obtiveram alvará de soltura em até uma semana de sua prisão. A Tabela 25 demonstra o tempo de duração da referida prisão cautelar.

Tabela 25

Tempo (em dias) da prisão provisória (flagrante + preventiva cumprida)

TEMPO DA PRISÃO PROVISÓRIA	PORCENTAGEM
até 7 dias	14,95%
de 8 a 15 dias	24,30%
de 16 a 30 dias	14,95%
de 31 a 81 dias	25,23%
de 82 a 180 dias	11,21%
de 181 a 360 dias	4,67%
de 361 a 720 dias	2,80%
721 dias ou mais	1,87%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFR que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Já pelos dados que seguem na Tabela 26, se pode verificar que em até 75% dos casos a pena aplicada ao fim do processo pelo crime de furto cometido foi de dois anos.

Pelos requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal, hipótese autorizadora de substituição penal, uma vez que a pena privativa de liberdade aplicada não foi superior a quatro anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Tabela 26

Distribuição do tempo de pena

Medida de posição	Tempo em dias	Tempo em a, m, d
Menor valor	60	2 m
1ª quartil	240	8 m
Mediana	420	1 a 2 m
3ª quartil	720	2 a
Maior valor	1800	5 a

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Cumprir destacar que, sendo hipótese em que a pena definitiva ao fim do processo penal possa ser substitutiva da pena privativa de liberdade, a prisão ao longo da persecução penal não se justifica, pois configura uma antecipação de pena e violação do princípio da proporcionalidade.

É justamente em respeito a esse último princípio que o Código de Processo Penal prevê no art. 313 a impossibilidade legal de se decretar a prisão preventiva para os crimes culposos e/ou para as contravenções penais. Isto porque dificilmente será imposta sanção privativa da liberdade quando o condenado for o autor de crime culposos ou de infração contravençional em virtude da possibilidade de substituição previstas nos arts. 43 e 44 do Código Penal.

Em tais situações, a imposição da prisão cautelar superaria, em muito, o resultado final pretendido no processo. Em outros termos: estaria irremediavelmente comprometida a função acautelatória da prisão provisória, em prejuízo de sua instrumentalidade, que vem a ser a justificação da sua existência. Assim, apenas se legitimaria quando observado seu caráter cautelar e constituísse instrumento de garantia da eficácia da persecução penal. Jamais, portanto, uma antecipação de pena sem qualquer observância do devido processo penal.

De fato, segundo a Tabela 27, a distribuição dos feitos pela conclusão do processo de furto demonstra o pequeno percentual de casos em que o regime

estabelecido foi o fechado (9,03%). Ainda que a maioria dos réus de furto seja libertada antes da sentença penal condenatória, em aproximadamente 77,08% dos casos de furto,¹¹ a condenação é a uma pena diversa do regime fechado e semiaberto. É evidente que o princípio da proporcionalidade não vem sendo observado, visto que a maioria dos réus condenados a pena restritiva de direitos ou a pena em regime aberto é presa provisoriamente. Daí se reforça a incoerência da utilização da prisão provisória como mecanismo de “punição exemplar antecipada” ao furto cometido.

Tabela 27

Distribuição de feitos por conclusão do processo.

Conclusão do Processo	PORCENTAGEM
Suspensão condicional processo	25,00%
Suspensão condicional da pena	12,50%
Multa isolada	1,39%
Transação penal	0,69%
Pena alternativa	10,42%
Regime aberto	27,08%
Semiaberto	11,11%
Fechado	9,03%
Não Informado	2,78%
TOTAL	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa.
Elaboração própria.

Frisa-se que, em 75,69 % dos casos analisados, o autor do furto foi preso provisoriamente, tendo como porta de entrada no sistema o flagrante, ao mesmo tempo em que muito provavelmente o bem foi apreendido, restituído à vítima e com grandes chances de ter sido considerado tentado. Lembremos que o percentual para ocorrência dessas duas situações representou na amostra da pesquisa 91,44%, 91,18% e 55,55%.

Assim, o alto uso da prisão provisória não guarda coerência a excepcionalidade que estas deveriam ser utilizadas. Afinal, a reserva de sua utilização aos casos mais graves não foi respeitada, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. Se

¹¹ Subtraídos o percentual dos casos em que a conclusão do processo foi o regime semiaberto (11,11%), fechado (9,03%) e os casos não informados (2,78%).

75,69% dos réus são presos provisoriamente, é porque a exceção virou a regra, fato que constitui:

violência real, concreta, de aplicar-se uma pena antecipada, sem processo e sem sentença, a ser cumprida numa delegacia de polícia ou estabelecimento carcerário, em condições subumanas, de superlotação e com seríssimos riscos de vida (LOPES JUNIOR, 2005, p. 194).

De todo modo, destaca-se que a pesquisa documental realizada revelou que em muitos casos essa prisão provisória, mesmo que de curta duração, foi a única resposta estatal ao fato ocorrido. Seja porque a pretensão punitiva foi atingida pela prescrição, seja porque o judiciário não executou a pena aplicada, seja porque esse cumprimento ocorreu muito tempo depois dos fatos.

2.1.3.3 Conversão da pena alternativa

A partir da análise dos 144 processos da amostra restou diagnosticado uma baixa conversão da pena imposta em alternativa. Nessa situação, menos de 50% dos casos analisados. É o que os dados da Tabela 28 sinalizam:

Tabela 28

Pena convertida em alternativa

PENA CONVERTIDA EM ALTERNATIVA	FREQUÊNCIA	PORCENTAGEM
Não	81	56,25%
Sim	63	43,75%
TOTAL	144	100,00%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa
Elaboração própria

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos encontra-se condicionada ao preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal. Como vimos, os casos de furtos estudados preencheram, em sua maioria, requisitos objetivos referentes à pena privativa de liberdade ser igual ou inferior a quatro anos, o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Dos requisitos de natureza objetiva arrolados no art. 44 do Código Penal, restaram diagnosticadas poucas recorrências de réus tecnicamente reincidentes em crime doloso.

O que restaria para ser avaliado pelo prolator da sentença se refere à análise acerca da culpabilidade, antecedentes, conduta social e a personalidade do condenado, bem como se os motivos e as circunstâncias indicavam que a substituição fosse suficiente.

2.1.3.4 Reparação dos danos

Destaca-se, considerando que em grande parte dos casos de furto o bem foi restituído, restar para ser discutido em âmbito judicial apenas a indenização pela eventual danificação do bem objeto de furto ou os prejuízos indiretos causados, como danos decorrentes de rompimento de obstáculos, dias de trabalho perdidos em razão da ausência dos bens, etc. E mesmo, subsistiria a reparação do prejuízo quanto ao dano imaterial sofrido. Afinal, pode-se compreender que a lesão sofrida pela vítima não se resume ao dano patrimonial, mesmo considerando este de maneira a abarcar valores não estritamente econômicos.

Contudo, foi diagnosticado na amostra analisada que, mesmo nos casos de furto nos quais houve substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou suspensão condicional do processo, a reparação dos danos da vítima ou a prestação pecuniária (nem sempre destinada à vítima) foi a condição ou pena eleita apenas em, respectivamente, 3,17% e 11,11% dos casos:

Tabela 29

Pena alternativa aplicada

PENA ALTERNATIVA	PORCENTAGEM
Prestação de serviços à comunidade	66,67%
Comparecer em juízo	39,68%
Não se ausentar da comarca, não frequentar...	36,51%
Prestação pecuniária	11,11%
Cesta básica	7,94%
Reparar danos das vítimas	3,17%
Recolher-se à residência até às 22h	1,59%

Fonte: Processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa. Elaboração própria.

Em menos de 15% dos casos de furto, as decisões reconheceram o direito das vítimas a danos morais ou a reparação de prejuízos materiais decorrentes do fato. Assim, apesar dos traumas gerados, verifica-se que a restituição do bem é praticamente a única resposta que a vítima obtém do sistema de justiça penal no tocante à reparação dos danos sofridos.

De fato, resta ainda a opção para as vítimas de ressarcirem seus prejuízos pela justiça civil. Sabe-se que uma mesma situação pode ter repercussão nas várias searas do direito, e é inegável que uma conduta tipificada penalmente, também pode se materializar em ilícito cível, trazendo para a vítima, se identificada, pretensões de cunho indenizatório (TÁVORA, ANTONNI, 2009, p. 179). Este direito, na legislação brasileira está assegurado no texto constitucional, no art. 5º, V. Trata-se da indenização pelo dano material e moral. Tal previsão gera reflexos tanto na legislação cível, quanto na penal.

Assim, prevendo os casos em que a restituição não cobrir todo o prejuízo causado existe a possibilidade do ressarcimento e da reparação. Diante das repercussões no patrimônio do ofendido que a conduta criminalizada possa trazer, o art. 91, I, do Código Penal, assevera que a sentença condenatória penal torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, sendo título executivo judicial (art. 475-N, Código de Processo Civil), carecendo de prévia liquidação. No entanto, caso a vítima não deseje aguardar o desfecho do processo penal, tem a possibilidade de ingressar com ação civil de conhecimento, pleiteando a reparação dos danos que lhe foram causados. Tanto num, quanto noutro caso, teremos ação civil *ex delicto* (TÁVORA, ANTONNI, 2009, p. 179).

Destaca-se, por fim, que a Lei nº 11.719 de 2008, que deu nova redação ao Código de Processo Penal acabou imprimindo uma nova ótica à figura da vítima aflorando suas pretensões indenizatórias ainda em sede da justiça criminal. A referida Lei contempla a fixação do valor mínimo da indenização a ser estabelecida na sentença condenatória, considerando-se os danos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, do CPP), de sorte que o quanto indenizatório já estaria certificado, bastando que o legitimado execute o título, que neste ponto é líquido, na esfera cível (art. 63, parágrafo único do CPP) (TÁVORA, ANTONNI, 2009, p. 182-183).

3 A FUNÇÃO REAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO FURTO

3.1 A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA CRÍTICA: UM DISCURSO QUE CONSIDERA A PRÁTICA

3.1.1 Do paradigma etiológico ao crítico

O pressuposto de que parte a criminologia positivista é de que a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos, ou seja, ela é compreendida como realidade ontológica. Pré-constituída, portanto, ao direito penal (ANDRADE, 1996, p. 277). Assim, por esse paradigma,¹² cabe ao direito penal, tão somente, reconhecer e positivar a criminalidade, sendo possível descobrir as causas desta e colocar a ciência ao serviço do seu combate em defesa da sociedade.

Esse paradigma é identificado com o momento em que a criminologia nasce como ciência, no fim do Século XIX, tendo, posteriormente, se libertado de suas condições originárias de nascimento, se transnacionalizado e ganhado espaços para além da Europa, ainda que sob fundamentos diversos de seus originários antropológicos e sociológicos (ANDRADE, 1996, p. 279).

Observa Andrade (1996, p. 278) que é fruto da visão desse paradigma a identificação da violência, em geral, com a violência individual, de uma minoria, a qual se encontra no centro do conceito dogmático de crime. Consequentemente, imuniza a relação entre criminalidade e violência institucional e estrutural da sociedade.

¹² Constitui um paradigma causal explicativo da criminalidade, característico ao positivismo “científico” da Escola Positiva italiana que tem seu início com a obra de Césare Lombroso, *L’uomo delinquente* (1876), na qual formula sua tese do delinquente nato e com a qual nasce a antropologia criminal. Parte-se de um determinismo biológico e psíquico identifica a causa do crime na própria pessoa do criminoso. Posteriormente, com o desenvolvimento da antropologia lombrosiana numa perspectiva sociológica, Enrico Ferri, “admitiu uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social) e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade”. Nessa perspectiva o crime é compreendido como resultado previsível determinado por estes fatores, os quais conformam a personalidade de indivíduos socialmente perigosos, para os quais deve dirigir-se uma adequada defesa social (ANDRADE, 1996, p. 277-278).

No entanto, a partir da década de 1960 do Século XX, enquanto o marco criminológico europeu manteve-se relativamente estanco no enfoque positivista, do ponto de vista epistemológico, o desenvolvimento em áreas como a sociologia criminal, especialmente na América do Norte, favoreceu mudanças do paradigma em criminologia (ANDRADE, 1996, p. 279).

Foi com a introdução do *labelling approach*,¹³ em razão da influência de correntes de origem fenomenológica (no caso o interacionismo simbólico e a etnometodologia como esquema explicativo da conduta humana), na sociologia do desvio e do controle social e de outros desenvolvimentos da reflexão histórica e sociológica sobre o fenômeno criminal e o direito penal à criminologia contemporânea, que se constitui um novo paradigma, alternativo ao etiológico. Trata-se do paradigma da “reação social” (*social reaction approach*) do “controle” ou da “definição” (ANDRADE, 1996, p. 279).

Baratta (2002, p. 85-89) explica que com a crítica desse novo paradigma à ideologia tradicional o objeto da pesquisa é deslocado dos fatores da criminalidade, etiologia, para a reação social. A criminalidade, portanto, deixa de ser considerada como um dado ontológico e pré-constituída, mas realidade social construída através de definições e da reação social.

Pela tese proposta

o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas, uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 1996, p. 279-280).

Assim, o conceito de “criminoso” passa a ser relativizado, deixando de ser entendido como uma característica do autor, ontologicamente diferente, passando a

¹³ O *labelling approach* (ou teoria do interacionismo simbólico, do etiquetamento, da rotulação, ou paradigma da “reação social”) surge nos Estados Unidos da América no fim da década de 1950 e início da década de 1960 com os trabalhos de autores como E. Goffman, H. Becker, E. Schurt, T. Scheff, Lemert, entre outros. Estes pertenciam à chamada “Nova Escola de Chicago” e começavam a questionar o paradigma funcional, até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. Divergindo do funcionalismo que pretendeu explicar o que mantém a sociedade unida, estes movimentos contestatórios revelavam que a suposta sociedade estável e consensual de que falavam os funcionalistas não existia. Neste contexto surgem as teorias interacionistas buscando interpretar a “conduta desviante”. Instaura-se o termo “desvio social” para referir-se a todas aquelas condutas que não podiam englobar-se dentro de definições legais ou psiquiátricas como homossexualidade, drogadição, movimento hippie, prostituição, feminismo, negrismo etc. condutas que, em síntese, atentavam contra o *status quo*. Serão estes desvios “sem vítima” as formas desviantes estudadas pelos teóricos do interacionismo (ANDRADE, 2003, p. 186).

depende da interação existente entre quem realiza o fato punível e a sociedade, representando, portanto, um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal.

Afirma Castro (1983, p. 59-60) que são “os processos de detenção e estigmatização, mais a aplicação do rótulo delitivo àquele que é selecionado (criminalizado), que faz surgir um delinquente e que influenciam a imagem e aparecimento da delinquência a nível geral”. A reação social, para os interacionistas, portanto, não só determina como estimula a produção da criminalidade, pois a aplicação desta “etiqueta”, mesmo que falsa, é percebida como uma espécie de profecia autorrealizável, *self-fulfilling prophecy*.

Será, justamente, este “processo de etiquetamento” vivido por quem cometeu um ato ilegal o que eleva a taxa de criminalidade. São estes mecanismos da *self-fulfilling prophecy* que caracterizam o processo de construção social da população “criminosa”, pois são os efeitos da condenação sobre a identidade social da pessoa que contribuem definitivamente para a consolidação de futuras carreiras criminosas.

Nesse sentido, Santos (2009c) explica que

a produção social da criminalização se desdobra na consequência ainda mais grave da reprodução social dessa criminalização: quanto maior a reação repressiva, maior a probabilidade de reincidência, de modo que sanções aplicadas para reduzir a criminalidade ampliam a reincidência criminal. [...] a rotulação como infrator produz carreiras criminosas pela ação de mecanismos pessoais de adaptação psicológica à natureza do rótulo, combinada com a expectativa dos outros de que o rotulado se comporte conforme a rotulação, praticando novos crimes.

Além disso, ao mudar o enfoque do que o homem faz e porque faz, para o modo como a sociedade responde ao crime e porque o faz, a proposta interacionista converteu o estudo das instâncias de controle em objeto da criminologia. Nas palavras de Dias e Andrade (1997, p. 365-366):

Tanto, de resto, das instâncias *formais* de controle, situadas dentro do campo estrito da actuação jurídica sobre o crime, como das instâncias *informais*, isto é, das agências sociais que, não actuando dentro do sistema da justiça penal, condicionam ainda a resposta social ao crime e ao delinquente. E estudo, aquele, que, dentro das instâncias nomeadas em primeiro lugar – as instâncias formais –, se estende desde a lei, como instância de criminalização primária, até as instâncias incumbidas da aplicação daquela, da execução das sanções e até mesmo [...] às agências jurídicas encarregadas da assistência social aos delinquentes (serviço social).

Com o novo marco evidencia-se que o sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o legislador (criminalização primária), passando pela polícia e a justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos de controle social informal (ANDRADE, 1996, p. 281).

Como consequência dessa compreensão, conduzida pela perspectiva interacionista, resta claro que o estudo e o controle da criminalidade requer um *approach* integrado do processo de aplicação da justiça penal, visto que se trata de um sistema, de um “processo dinâmico e coerente, dotado de um objectivo social e operando num contexto de mudança social”. Assim, quando do estudo das instancias formais de controle não se pode considerá-las como agências isoladas umas das outras, auto-suficientes e auto-reguladas. É necessário um estudo compreensivo e integrado do processo de aplicação da justiça penal, a fim de apreender o funcionamento do sistema como um todo (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 373-374).

Assim, para além do *continuum* existente entre criminalização secundária e primária, percebe-se como “o processo de criminalização seletiva está integrado na mecânica do controle social global da conduta desviada, apreendendo-o como um subsistema encaixado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude da sociedade” (ANDRADE, 1996, p. 281).

No entanto, foi o viés proporcionado pelas teorias conflituais da criminalidade e do direito penal (Lewis A. Coser, Georg Simmel, Austin Turk, Richard Quinney) que viabilizou desenvolver uma dimensão política no interior do paradigma da reação social, ampliando seu enfoque para as estruturas gerais da sociedade e seus conflitos de interesse e hegemonia (ANDRADE, 2003, p. 213).

A relação instaurada entre conflito social e processos de criminalização, o desenvolvimento dado ao enfoque da reação social para explicar a qualidade desviante dos comportamentos, a perspectiva política na qual colocou o direito penal são apontadas por Baratta (2002, p. 143) como contribuições dadas pelas teorias criminológicas do conflito. Trazendo, portanto, em primeiro lugar

uma importante correção à imagem, própria das teorias funcionalistas e psicanalíticas, do desvio como relação antagonica

entre a sociedade e o indivíduo, substituindo-a pela relação entre grupos sociais. Em segundo lugar, na medida em que transportaram o enfoque da reação social, das estruturas paritárias dos pequenos grupos e dos processos informais de interações que se desenvolvem no seu interior, às estruturas gerais da sociedade e aos conflitos de interesses e de hegemonia e, portanto, às relações de poder entre os grupos; de uma perspectiva microssociológica para uma perspectiva macrossociológica.

Em suma, com o desenvolvimento do aspecto político no paradigma da reação social foi possível compreender a relação entre conflito social e processo de criminalização, bem como a natureza seletiva desse processo e a inevitável inserção do direito penal na perspectiva política. Como ensina Vera Regina Andrade (2003, p. 213):

Se criminal é o comportamento criminalizado e se a criminalização não é mais do que um aspecto do conflito que se resolve através da instrumentalização do Direito e portanto do Estado por parte de quem é politicamente mais forte, os interesses que estão na base da formação e aplicação do Direito Penal não são interesses comuns a todos os cidadãos, mas interesses dos grupos que conseqüentemente, a questão criminal como um todo – e não apenas um determinado número de delitos “artificiais” – é uma questão eminentemente política.

No entendimento de Baratta as teorias desenvolvidas em contraposição à criminologia positivista, denominadas por criminologia liberal contemporânea, encontraram seu ponto culminante justamente na teoria do *labelling approach*. Nas palavras do autor (2002, p. 148-149):

O ponto mais avançado desta consciência da autonomia do próprio objeto em face das definições legais é alcançado, na criminologia liberal contemporânea, pela teoria do labeling. Negando qualquer consistência ontológica à criminalidade, enquanto qualidade atribuída a comportamentos e a pessoas por instâncias detentoras de um correspondente poder de definição e de estigmatização, a teoria do labeling deslocou o foco da investigação criminológica para tal poder. O direito penal torna-se, assim [...] de ponto de partida para a definição do objeto da investigação criminológica, no objeto mesmo da investigação.

No entanto, apesar dos avanços que significaram as teorias criminológicas liberais contemporâneas, Baratta (2002, p. 150) desconsidera a possibilidade de desenvolverem uma “crítica eficaz e orgânica” da ideologia dominante. Estando, portanto, impossibilitadas de fornecerem uma ideologia positiva, visto que elas representam uma “nova ideologia negativa racionalizante de um sistema repressivo mais atualizado em relação ao nível alcançado pelo desenvolvimento da sociedade

capitalista”. Concluindo esta limitação das teorias liberais contemporâneas para oferecer uma prática socialmente justa, Baratta explica (idem):

O novo sistema de controle social do desvio, que a ideologia das teorias liberais racionaliza, como o demonstra a experiência prática, até hoje, dos países capitalistas mais avançados, pode ser interpretado como uma racionalização e uma integração do sistema penal e do sistema de controle social, em geral, com o fim de torná-lo mais eficaz e mais econômico em relação à sua função principal: contribuir para a reprodução das relações sociais de produção. Do ponto de vista da visibilidade sociológica, isto significa contribuir para a manutenção da escala social vertical, da estratificação e da desigualdade dos grupos sociais. A ideologia racionalizante se baseia, principalmente, na tese da universalidade do fenômeno criminoso e da função punitiva.

Assim, apesar de descrever os mecanismos da criminalização e da estigmatização, a teoria do *labelling* não explica a “realidade social” nem o “significado” do desvio. O *labelling approach* mostra a conduta criminosa como resultado da atuação das agências de controle social, porém não demonstra os critérios e os mecanismos de distribuição social da criminalidade.

É com a criminologia crítica, porém, que o enfoque tradicional do agente é mudado para o das condições objetivas, estruturais e funcionais, que se acham na origem dos fenômenos do comportamento desviante. Do interesse sobre as causas do desvio criminal, passa-se para os mecanismos mediante os quais se criam e se aplicam definições de desvio e de criminalidade, bem como se realizam processos de criminalização.

Apesar de reconhecer a não homogeneidade do pensamento criminológico contemporâneo, Baratta situa a peculiaridade da proposta da criminologia crítica vez que inova propondo um ponto de vista a partir da construção de uma teoria materialista, econômico-política, do desvio e dos comportamentos socialmente negativos e, portanto, da criminalização. Em suas palavras (2002, p. 213):

[...] um trabalho que leva em conta instrumento conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo [...] opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrosociológico, a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição.

No mesmo sentido, diz Andrade (2003, p. 214) serem inúmeros os aportes teóricos recebidos pela criminologia crítica, os quais permitiram ir para além do paradigma da reação social e desenvolver “a dimensão do poder numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista”.

A criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.) (ANDRADE, 2003, p, 217). Por essa perspectiva aquele *status*, atribuído a determinados indivíduos, se reveste de um fator próprio. Ele é consequência de uma dupla seleção: primeiramente, dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens; em segundo, dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é compreendida como um “‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 161).

Assim, no marco da criminologia crítica, a descrição da fenomenologia da seletividade pela criminologia da reação social receberá uma interpretação macrossociológica que aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexos funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas (ANDRADE, 2003, p. 276)

3.1.2 Superando a ideologia da defesa social

Para Baratta (2002, p. 41) tanto a escola clássica quanto as escolas positivistas¹⁴ realizaram um modelo de ciência penal integrada, ou seja, um modelo no

¹⁴ O autor explica que “quando se fala em escola liberal clássica como um antecedente ou como a “época dos pioneiros” da moderna criminologia, se faz referência a teorias do crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no Século XVIII e princípios do Século XIX, no âmbito da filosofia liberal clássica. Faz referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito

qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estariam estreitamente ligadas. Daí, ainda que suas respectivas concepções do homem e da sociedade fossem profundamente diferentes, em ambos os casos é encontrado enquanto “nó teórico e político fundamental do sistema científico” a afirmação de uma ideologia da defesa social.¹⁵

O autor explica que esta nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, ela assumia o predomínio ideológico especificamente dentro da esfera penal. Além disso, “as escolas positivistas herdaram-na da escola clássica, transformando-a em algumas de suas premissas, em conformidade às exigências políticas que assinalam, no interior da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico ao estado social” (2002, p. 41-42). Assim, na proposta de dar-se um “fim” ao direito penal, o conteúdo dessa ideologia passou a fazer parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, “não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também, do homem de rua (ou seja, das *every day theories*)”.

De fato, ao se falar “na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva” como missão declarada do direito penal e garantia de “segurança e paz social para toda a coletividade” se está falando de defesa social.

O conteúdo dessa ideologia pode ser enunciado na seguinte principiologia: *i*) legitimidade; *ii*) bem e do mal; *iii*) culpabilidade; *iv*) finalidade ou prevenção, *v*) igualdade; *vi*) interesse social e delito natural.

No caso, o “princípio da legitimidade” traz a ideia de que o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, pela qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio das instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias), as quais

penal na Itália. Quando se fala da criminologia positivista como a primeira fase de desenvolvimento da criminologia, entendida como disciplina autônoma, se faz referência a teorias desenvolvidas na Europa entre o fim do Século XIX e o começo do Século XX, no âmbito da filosofia e da sociologia do positivismo naturalista. Com isso, alude-se, em particular, à escola sociológica francesa (Gabriel Tarde) e à “Escola social” na Alemanha (Franz Von Liszt), mas especificamente à “Escola positiva” na Itália (Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garófalo)” (BARATTA, 2002, p. 32).

¹⁵ Para Alessandro Baratta, aqui, o termo ideologia é utilizado num sentido negativo, conforme o uso de Marx, referenciando-se a falsa consciência, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas.

“interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais” (BARATTA, 2002, p. 42).

Ao falar do “bem e do mal” se está remetendo à ideia do delito como dano para a sociedade, e o delinquente é o elemento negativo e disfuncional do sistema social. Pelo princípio “da culpabilidade”, o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contraria os valores e as normas presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. Com o “princípio da finalidade ou da prevenção”, se está tratando da função de prevenção, e não somente de retribuição, que a pena assume enquanto sanção abstratamente prevista em lei, diante da justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso; e, como sanção concreta, pela função de ressocialização do delinquente (BARATTA, 2002, p. 42).

O “princípio da igualdade” traz a ideia de que a lei penal se aplica de modo igual aos autores de delitos, apesar da violação à lei penal ser comportamento de uma minoria desviante. Por fim, o “princípio do interesse social e do delito natural” preconiza de que o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais comuns a todos os cidadãos, de condições essenciais à existência de toda a sociedade (BARATTA, 2002, p. 42-43).

Apesar das alterações intrassistemáticas da dogmática penal, essa ideologia ainda se mantém viva e constante atualmente. Percebe-se, inclusive, demonstrando uma aceitação acrítica da ideologia da defesa social, o fato desta ser constantemente ressignificada, principalmente a partir princípios da igualdade e do interesse social (ANDRADE, 2003, p. 137). Como assevera Vera Regina Andrade, ainda hoje

Pode-se afirmar, que a ideologia da defesa social sintetiza o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o 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 aplicada para os seus infratores) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral (intimidação) e especial (ressocialização) (idem).

Assim, apesar do conceito de defesa social mostrar na ciência penal a condensação de progressos realizados pelo direito penal moderno, pois além de elemento técnico apresenta uma função justificante e racionalizante perante o sistema

legislativo ou dogmático; inegavelmente ele está associado ao discurso produzido por um grupo muito específico. O discurso do Estado, de concretização de determinados fins a partir do direito penal, é o que garante a sua missão política. Segundo Baratta (2002, p. 44), em virtude de este não ser objeto de análise e, portanto, ser aceito acriticamente, acaba por refletir a falsa sensação de “militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma práxis penal racional”.

Igualmente, para Santos (2008, p. 10), a dogmática penal consigna a ideologia da defesa social ao pressupor

noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre as classes sociais, de liberdade (e não de opressão) individual, de salário equivalente ao trabalho (e não de expropriação de mais-valia, como trabalho excludente não remunerado) etc.

Baratta (2002) demonstra como cada uma das teorias criminológicas liberais conseguiu agir de modo setorial diante da ideologia da defesa social, contrapondo pontualmente aspectos singulares desta. No caso, as teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva¹⁶ negam o princípio da legitimidade; as teorias estrutural-funcionalistas do desvio e da anomia¹⁷ negam o princípio do bem e do mal; as teorias das subculturas criminais¹⁸ negam o princípio da culpabilidade; as teorias do *labelling* negam o princípio da prevenção criminal e o da igualdade; e, a sociologia do conflito nega o princípio do interesse social e do delito natural.

Assim, restou evidente a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal por meio de várias correntes criminológicas, responsáveis por negar cada um dos princípios da ideologia da defesa social. Essa superação refere-se aos elementos de realidade que ela mistifica, no caso o desvio, os comportamentos socialmente negativos e o processo de criminalização.

Nenhuma das teorias *liberais* conseguiu contrapor-se de modo global a toda faixa de implicações dessa ideologia, visto que tomadas isoladamente ter-se-á apenas

¹⁶ Sobre estas teorias, Alessandro Baratta trabalha com as obras de Theodor Reik, Franz Aezander, Hugo Staub, Paul Reiwald, Helmut Ostermeyer e Edward Naegeli.

¹⁷ Alessandro Baratta desenvolve o contraponto de tais teorias a partir da leitura de Emile Durkheim e Robert Merton.

¹⁸ Sobre o tema, Alessandro Baratta utilize-se do marco teórico desenvolvido nas obras de autores como Edwig H. Sutherland, Albert Cohen, Gresham M. Sykes, David Matza.

uma alternativa parcial à ideologia, e somente sua justaposição é capaz de fornecer uma alternativa global a ela (BARATTA, 2002, p. 150-151). No entanto, o enfoque trazido pela criminologia crítica, por se dirigir, ao contrário das demais teses liberais, contra a universalidade do delito, conseguiu desmistificar a base da ideologia penal da defesa social ao negar a igualdade do direito para todo, conduzindo uma crítica ao sistema de justiça criminal, e, portanto, ao direito penal, uma vez que deslocou o enfoque do estudo do desviante para os mecanismos de controle social, especialmente para os processos de criminalização. A partir da interpretação estrutural da fenomenologia da seletividade como fenomenologia da desigualdade social, partindo “da análise da criminalização primária para a criminalização secundária resgatando o fenômeno da distribuição seletiva dos ‘bens jurídicos’ e chegando, por esta via, a uma desconstrução unitária e acabada da ideologia da defesa social” (ANDRADE, 2003, p. 278).

3.1.3 Um discurso irracional para um sistema de justiça criminal ilegítimo

O novo marco criminológico conduziu, como dito, a uma crítica ao sistema de justiça criminal e ao próprio direito penal. E mais, além de afirmar quanto à falsidade do discurso jurídico-penal, explicou não se tratar de um defeito conjuntural do mesmo.

Em verdade, esse fato restou evidenciado pela descrição da real operacionalidade do sistema de justiça criminal revelada pelos estudos criminológicos, desde a reação social, os quais delataram a não correspondência entre aquela e à forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que o sistema atue. Zaffaroni (2001, p. 12) fala do fato da programação normativa se basear em uma “realidade” que não existe e do conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuarem de forma completamente diferente. E assevera (ZAFFARONI, 2001, p. 15):

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de

poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais de exercício de poder de todos os sistemas penais.

Diante dessa constatação, que Zaffaroni afirma a “utópica legitimidade do sistema penal” e aduz acerca da “crise” do discurso jurídico-penal.

No caso, entendendo por legitimidade do sistema penal a característica outorgada por sua racionalidade, o autor (2001, p. 16) assevera que o sistema penal quis mostrar-se como exercício de poder planejado racionalmente, portanto legítimo. No caso, a construção teórica ou discurso que pretendeu explicar o referido planejamento foi o jurídico-penal. Dessa forma, o sistema penal seria legítimo se o discurso jurídico-penal fosse racional, sendo esperada dessa racionalidade a coerência interna do discurso jurídico-penal e seu valor de verdade quanto à nova operatividade social. Em suma, o discurso jurídico-penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro. Assim,

A quebra da racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício do poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema pena tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum (p. 19).

Além da ausência de legitimidade, resta patente como o próprio sistema penal não atua com a legalidade. Daí, inclusive, a impossibilidade de esperar que a legitimidade seja suprida por ela.

No caso, a operacionalidade real do sistema penal seria legal caso os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa, tal como expressa pelo discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 21). No entanto, o apartamento da legalidade é observado em dois momentos. Primeiro pelo próprio exercício formal de poder previsto, o qual não cumpre os textos legais, e segundo, quando não são apreendidos, seja pelo discurso jurídico-penal, ou mesmo pela normativa, os diversos mecanismos informais pelos quais o poder opera. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 25):

Uma das facetas perversas do discurso jurídico-penal consiste, portanto, em mostrar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado neste ínfimo e eventualíssimo exercício que configura o denominado “sistema penal formal”. [...] o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da

legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o legislativo deixa de fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo.

O mais importante exercício de poder exercido pelo sistema de justiça criminal não se refere ao poder repressivo legal, que tem por base o papel que cabe às agências legislativa e judiciária, mas “o poder repressivo positivo, configurador, constitutivo da função não manifesta de verticalização militarizada da sociedade que fica a cargo das agências executivas do sistema, especialmente a policial” (ANDRADE, 2003, p. 285).

Ainda que o sistema penal formal seja considerado o verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema de justiça criminal, a legalidade também não é respeitada. Isto porque

[...] a estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em quem segundo o “dever-ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo “natural” (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

Na verdade, no que se refere ao sistema penal formal, este não viola apenas a legalidade processual, mas igualmente a legalidade penal. Considerando que a primeira exige dos órgãos do sistema o exercício de seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas, e a segunda exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça nos limites previamente estabelecidos para a punibilidade (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

Nesse último caso, serão vários os mecanismos diagnosticados, desde uso ilegal da prisão provisória, a qual se converte em autêntica prisão penal em virtude da excessiva duração dos processos penais, até pela carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação de penas, viabilizando ampla arbitrariedade por parte das agências judiciais (ZAFFARONI, 2001, p. 27-28).

No mesmo sentido, Andrade (2003, p. 273) aponta que

não apenas as normas penas se ressentem de linguagem vaga e/ou ambígua e fluidez de limites incriminadores e o ordenamento jurídico de contradições internas, mas também o instrumental dogmático que a elas se superpõe se ressentem das mesmas

características (conceitos igualmente imprecisos na fixação de parâmetros decisórios, teorias e métodos internamente contraditórios), permitindo aumentar, e não reduzir a indeterminação normativa e a elasticidade decisória, dando lugar a soluções diferentes para casos iguais. Não obstante, tal circunstância, é ocultada precisamente pela afirmação de que a Dogmática possibilita maximizar a uniformização e certeza das decisões judiciais.

Essa situação é reforçada pelos chamados “não conteúdos” ou “caráter fragmentário” do direito penal que a própria dogmática justifica como “um dado da natureza das coisas ou pela pretensa relevância penal e idoneidade técnica de certas matérias em detrimento de outras”. Em verdade, tais justificações representam a ideologia que encobre a seletividade do direito penal, o qual privilegia os interesses das classes dominantes e imuniza do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes (ANDRADE, 2003, p. 279).

No que se refere à legalidade processual, Zaffaroni alerta para o fato de que o sistema penal está estruturalmente montado para que ela não opere e para que exerça seu poder com arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis. Essa seleção é produto de um exercício de poder que se concentra nas agências executivas. Dessa maneira, a seletividade operada pelo sistema de justiça criminal “que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Como se vê, o enfoque criminológico hoje proposto evidenciou não apenas o fato de as normas penais serem criadas e aplicadas seletivamente, bem como a distribuição desigual da criminalidade a qual obedece geralmente à distribuição do poder e da propriedade e a estrutura vertical da sociedade, mas o fato de o próprio direito e de o sistema penal serem integrantes dos mecanismos que operam a legitimação dessas relações (ANDRADE, 2003, p. 283-284).

É nesse contexto que Zaffaroni identifica a “crise”, diante da extrema contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal, bem como o reconhecimento da utópica aproximação entre estes. Em síntese, para o autor (2001, p. 29):

a) a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; b) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei; c) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; d) além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema.

Castro (2005, p. 128), que se dedicou a investigar o sistema penal na América Latina, avalia

[...] enquanto o direito se apresenta como “igual para todos”[...] a desproteção institucional dos direitos sociais determinará que esse postulado seja falso: não há direitos iguais para homens iguais. Por outro lado, a articulação do direito penal substantivo com o adjetivo desnuda também a seletividade classista do controle. Assim, encontramos procedimentos privilegiados, juízos prévios, imunidades, sanções e tribunais diferenciados e não estigmatizantes. A articulação de ambos com os níveis de controle mais discricionário (a polícia, por exemplo) revela que esses operam sistematicamente em função da seletividade.

Assim, pode-se concluir que na América Latina subsiste um “sistema penal subterrâneo” funcionando sob “um sistema penal aparente”, visto que o funcionamento real dos mecanismos de controle formal e informal se contrapõe ao funcionamento do oficialmente programado.

3.2 A PRÁTICA IGNORADA PELO DISCURSO

A primeira parte deste trabalho apresentou, em parte, como o discurso jurídico-penal trata da finalidade do direito penal e da função das penas. Além disso, especificamente no que se refere ao tipo penal de furto, trouxe um panorama de sua programação legislativa, bem como do discurso jurídico-penal que busca imprimir racionalidade a sua aplicação.

Os dados apresentados na segunda parte, no entanto, retrataram a real operacionalidade da atuação do sistema de justiça criminal nos casos de furto no Distrito Federal.

Oportuno, portanto, confrontar o discurso e a prática, tendo em vista a crítica criminológica apresentada no item 3.1.

Afinal, ao reconhecer a deslegitimação do sistema penal torna-se indispensável “retirar o discurso de justificação da base de qualquer construção dogmática e sustentá-la também em dados da realidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 186).

3.2.1 O discurso jurídico-penal diz operar perante a sociedade de maneira igualitária

A conclusão da existência de um “sistema penal subterrâneo”, o qual, a despeito do princípio da igualdade declarado pelo discurso jurídico-penal, age sistematicamente em função da seletividade pode ser visualizado, em parte, no diagnóstico acerca do perfil das pessoas criminalizadas por furto no Distrito Federal. No caso, os réus de furto em sua maioria foram homens jovens, pretos e pardos, desempregados, com um nível de renda e escolaridade muito baixo.

As teorias com base no *labelling approach* viabilizaram a discussão dos fundamentos da ideologia penal tradicional, tendo colocado em discussão o princípio da igualdade, demonstrando como a criminalidade não é comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos. Caso a capacidade operativa dos órgãos fosse plenamente eficaz ter-se-ia a criminalização várias vezes de toda a população.

No entanto, a disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos, não foge à própria lógica do sistema, denunciada pelas novas correntes criminológicas. É que aqui a criminalidade é entendida enquanto o “*status* atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e os antagonismos dos grupos sociais têm influência fundamental” (BARATTA, 2002, p. 113).

Assim, seja o processo da criminalização primária – ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas –, seja o processo de criminalização secundária, execução do programa estabelecido pelas agências políticas responsáveis pelo “que deve ser” apenado – a lógica da seletividade é reproduzida (ZAFFARONI et al., 2003, p. 43). Isso afeta o grau efetivo da tutela de bens, pois a distribuição do *status* de criminoso ocorre independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não consituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 165).

Baratta afirma ser, portanto, justamente nos mecanismos da criminalização secundária onde se acentua o caráter eminentemente seletivo do direito penal. No caso, preconceitos e estereótipos guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judiciais, levando-os a procurar “a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la”. Nas suas palavras (2002, p. 165):

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariados e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído.

Assim, é possível compreender quanto o processo de seletividade é fortalecido com a lógica perpetrada pela criminalização secundária, uma vez que, apesar de a primária representar um passo importante, esta ainda se mantém no nível da abstração. Como explica Zaffaroni et al (2003, p. 44), ante a inviabilidade de realização do programa de criminalização primária faraônico, resta limitada a capacidade operativa das agências de criminalização secundária que não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. “Dessa maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. A seleção não só opera sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados”.

É importante vislumbrar que esta seletividade direciona-se para pessoas sem poder e para fatos grosseiros e até insignificantes. Atinge, principalmente, aqueles que têm baixa defesa perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis, seja porque suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais, seja porque sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e de fácil detecção, ou porque a “etiquetagem” suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo com o qual seu comportamento corresponde (a profecia que se autorrealiza) (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 47)

Esse estereótipo criminal forma-se, a partir de características de pessoas em posição social desvantajosa, reforçando preconceitos racistas e de classe, fazendo crer que este tipo de criminalidade é a única existente. Leva a conclusão falsa de que a pobreza e a educação deficiente são as causas do delito, quando na realidade são estas, junto ao sistema de justiça criminal, fatores condicionantes dos delitos desses segmentos sociais, de sua criminalização; e não o contrário. Como ressaltado por Zaffaroni, *et al* (2003, p. 46-47), essa seleção criminalizante condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal e representa o

[...] principal critério seletivo da criminalização secundária, daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito, quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causa do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário).

Como se vê, o sistema de justiça criminal penal atua como um filtro, operando seletivamente sobre pessoas que se encontram sob um determinado estado de vulnerabilidade ao poder punitivo que encontra correspondência, mais baixo ou mais alto, com um determinado estereótipo criminal. Como ensina Zaffaroni, *et al* (2003, p. 49):

O poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papeis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme o estereótipo*); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.)

(criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura).

Para Santos (2009c), apesar de ser legítima a suposição de que variáveis socioestruturais podem determinar a criminalidade como comportamento do sujeito, parece igualmente legítimo afirmar que tais variáveis têm poder maior, e porque não determinante, sobre a criminalização marginalizada. “Carências e déficits sociais não seriam, simplesmente, variáveis independentes no sentido de causas da criminalidade atuantes sobre o indivíduo, mas a própria origem da filtragem do processo de criminalização que produz a clientela do sistema de controle social”.

Daí o perfil tão específico do grupo criminalizado na pesquisa. A expectativa de criminalidade dirigida pelas instâncias oficiais sobre indivíduos já marginalizados faz com que se encontre neles um percentual enormemente maior de tais comportamentos ilegais. É por isto que se encontra a concentração desproporcional de grupos mais débeis e marginalizados da população na criminalização do furto. Os estudos a partir do marco criminológico da reação social já haviam indicado que a clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm mais chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos. Assevera Andrade (1996, p. 283):

Desta forma, a minoria criminal “perigosa” a que se refere a explicação etiológica (criminologia positivista) resulta de que as possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves consequências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas. E um dos mecanismos fundamentais desta distribuição desigual da criminalidade são precisamente os estereótipos de autores e vítimas que, tecidos por variáveis geralmente associadas aos pobres (baixo *status* social, cor, etc.) torna-os mais vulneráveis à criminalização; é “o mesmo estereótipo epidemiológico do crime que aponta a um delinquente as celas da prisão e poupa a outro os seus custos”.

3.2.2 O discurso jurídico-penal desconsidera a predominância da baixa lesividade dos furtos

Foi visto na segunda parte deste trabalho que, na maioria dos casos analisados, o bem furtado foi apreendido e restituído à vítima (91,43% e 83,82% dos casos, respectivamente).

Além disso, apesar de ter-se registrado não haver consenso quanto ao momento consumativo do crime de furto em situações em que o bem furtado sequer sai do local do fato ou é apreendido ainda em situação de perseguição, em 55,55% dos casos estudados o furto não foi considerado consumado, tendo-se processado o agente pela tentativa.

A apreensão, restituição e tentativa, por si só, denunciam uma baixa lesividade dos furtos criminalizados nos anos em que os dados da pesquisa foram levantados.

Esse fator deve ser sopesado pelo intérprete por se tratar de uma dimensão atribuída ao referido princípio em nosso ordenamento, que, além de orientar a atividade legiferante, deve, ou deveria, servir de critério interpretativo para a avaliação do grau de lesividade ao bem jurídico protegido em cada caso concreto. Como visto, trata-se de uma função interpretativa ou dogmática – manifestada posteriormente, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o direito penal, no momento em que se deve aplicar a norma penal elaborada (BITENCOURT, 2009, p. 22-23).

De fato, os dados fornecidos pela pesquisa documental não permitem fazer afirmações acerca da ingerência desses fatores nos casos concretos analisados quando da prolação da sentença. No entanto, pode-ser-ia questionar, frente aos outros dados trazidos pela pesquisa, como, e se este princípio poderia atuar enquanto limitador da violência operada pelo sistema de justiça criminal.

Autores como Ferrajoli reconhecem no princípio de lesividade o caminho para que se imponha à ciência e à prática jurídica o ônus da demonstração acerca da natureza e da quantidade do dano que justifique a necessidade da proibição jurídica. No caso, a “necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos,

condiciona toda a justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constituiu seu principal limite axiológico externo” (FERRAJOLI, 2006, p. 428).

Em verdade, para Ferrajoli (*idem*, p. 437-438), somente analisando a divergência entre normatividade e efetividade da proteção penal dos bens é possível captar, nos diversos níveis em que aquela se manifesta, os aspectos de ineficácia da primeira e de ilegitimidade da segunda. Esses aspectos dependem da desproporção entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e o valor dos bens atacados pelo delito, assim como da distorcida escala de valores que se reflete na graduação das penas previstas para cada um deles.

Afinal, é na divergência entre o princípio político da lesividade, incorporado aos ordenamentos avançados como garantia, inclusive constitucional, que exige do direito penal a tutela dos bens “fundamentais”, e a natureza da proteção normativa, ou, mais ainda, efetiva, dispensada pela lei penal e por sua aplicação, que se debilita o valor dos fins justificadores ou externos do direito penal. E, ali onde o princípio de lesividade tenha sido acolhido pelo ordenamento como garantia jurídica, enfraquece, também, os fins justificadores internos, constituindo, como tal, um fator de ilegitimidade, tanto política quanto jurídica do uso do direito penal (FERRAJOLI, 2006, p. 437).

Por isso, Ferrajoli vislumbra nesse princípio o fundamento idôneo para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.

Pode-se afirmar, diante da lógica da atuação do sistema de justiça nos casos de furto estudados, que o princípio da lesividade pode ser reclamado a fim de limitar a irracionalidade no processo de criminalização secundária, a qual opera em relação a pessoas sem poder, sobre ações ilícitas toscas, de fácil detecção e baixa lesividade. Assim 75,69% dos réus de furto são encarcerados provisoriamente em decorrência da prisão em flagrante, ainda que sua pena venha resultar em um substitutivo penal.

Este quadro é agravado quando considerado que esta intervenção penal se dá sobre um presumido inocente, quando, na verdade, deveria ser excepcional, dado que a privação da liberdade processual necessariamente deveria implicar que a prisão provisória é o que vai possibilitar a garantia do processo penal. Deveria representar o

meio para a obtenção de um fim, que apenas será alcançado com a sentença penal (LOPES JUNIOR, 2005, p. 195).

Não apenas o princípio da lesividade pode ser invocado frente à violência operada pelo sistema de justiça criminal, mas igualmente o da proporcionalidade, o qual exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a consequência jurídica, ficando proibido qualquer excesso (PRADO, 2007, p. 146).

Ponderadas as características do furto analisado, a gravidade da ingerência do sistema de justiça criminal no caso, deveria ser limitada, sobretudo considerando que o próprio ordenamento jurídico brasileiro denota sua irracionalidade, erguida sob a base da seletividade. Por exemplo, ainda no âmbito dos crimes patrimoniais, o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) prevê caso de extinção da punibilidade “se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. Aqui está evidente uma opção do legislador em beneficiar a classe que lesa monetariamente os cofres públicos.

O Superior Tribunal Federal (STF), contrapondo esta situação, considera que, “Embora os objetos dos furtos tenham sido restituídos antes da instauração da ação penal, tal circunstância não basta à aplicação do princípio da insignificância, sobretudo em razão do valor das coisas furtadas. [...]”. No caso, a “expressiva lesão jurídica provocada” referia-se a um valor que oscilava entre R\$ 300,00 (trezentos reais) e R\$ 648,00 (seiscentos e quarenta e oito reais) (BRASIL, 2009.).

Há de se acreditar como Zaffaroni (2001, p. 197-198) na construção de um discurso jurídico-penal que reconheça o caráter de fato de poder deslegitimado do sistema penal e se limite a pautar de decisões da agência judicial para que esta assumam uma função de contradição dentro do conjunto de agências do sistema penal, reduzindo sua violência, portanto não contribuindo para a relegitimação do sistema penal. Para tanto, ele deverá admitir-se “inacabado”, mas aberto às contingências e espaços que a dinâmica do poder das agências do sistema penal venha a lhe abrir, oferecendo-lhe mais oportunidades para reduzir a violência do exercício deslegitimado do poder. Para esse autor

Da perspectiva de um discurso jurídico-penal pautado no realismo marginal, entende-se por garantias penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de “mínima violação/máxima realização” dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo, um “padrão” – provisório, por progressivo e “aberto”, ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor).

Ao revelar a baixa lesividade do furto, a qual pode ser diagnosticada ainda pela esfera policial, a prática da atuação do sistema de justiça traz elementos para a construção de um discurso jurídico-penal que planeje a intervenção da agência judicial para reduzir os níveis de violência, se incumbindo por estabelecer limites que assinalem os padrões máximos de irracionalidade que o exercício do poder do sistema penal não pode ultrapassar (ZAFFARONI, 2001, p. 233-234).

3.2.3 O discurso jurídico-penal desconsidera que regras muitas vezes não são aplicadas

Pelo comparativo entre o discurso jurídico-penal e a prática podem ser destacadas as inadequações entre a operacionalidade do sistema de justiça criminal e a programação legislativa e o discurso jurídico-penal que o acompanha.

Em especial, nos casos do tipo de furto, a prática revela que o desrespeito a legalidade penal, a qual exige que o exercício do poder punitivo aconteça nos limites previamente estabelecidos para a punibilidade (ZAFFARONI, 2001, p. 21), acompanha a seletividade. É assim que se infere o porquê do baixo índice diagnosticado para o tipo penal privilegiado, §2º do art. 155. No caso, 6,94% dos casos.

Este baixo índice acompanha o indicativo de que em até 25% dos casos o valor do bem furtado não ultrapassou R\$ 105,50 (cento e cinco reais e cinquenta centavos). O valor inferior ao do salário mínimo registrado nos anos em que foram coletados os dados da pesquisa. Isso, além da baixa ocorrência de réus reincidentes dentro da amostra.

O privilégio previsto para o tipo penal de furto encontra fundamento no princípio da insignificância ou bagatela, segundo o qual a tipicidade penal exige uma

ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos. Assim, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. “Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado” (BITENCOURT, 2009, p. 21).

Por isso, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida (BITENCOURT, 2009, p. 21). Portanto, rememorando, o diagnóstico apresentado na segunda parte deste trabalho denotou uma baixa lesividade dos casos de furto estudados.

Contudo, como visto na primeira parte deste trabalho, está entregue à livre apreciação do juiz a consideração do privilégio associado ao valor do bem furtado, lembrando que, normalmente, a interpretação busca avaliar o pequeno valor em função do patrimônio da vítima e das peculiaridades e as circunstâncias pessoais e locais do fato, representando enquanto teto o valor equivalente ao salário mínimo (FRAGOSO, 1976, p. 301 e BITENCOURT, 2007, p. 24). No entanto, ainda assim, impera o arbítrio do julgador perante o caso concreto.

No entanto, é justamente nesse espaço, deixado à discricionariedade judicial, que se evidencia a debilidade do princípio da legalidade para cumprir a função de segurança jurídica (ANDRADE, 2003, p. 272), visto que não é “possível preencher o ‘programa’ do legislador sem o contributo dos concorrentes ‘programas’ do julgador, dos seus *second codes*¹⁹ que prestam homenagem a estereótipos ideologias e ‘teorias’” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 509).

¹⁹ Ao lado das normas sociais gerais, como, por exemplo, as normas éticas ou as normas jurídicas, coexistem normas ou práticas interpretativas e aplicativas que estão na base da interação social e refletem a estrutura social. As primeiras são denominadas de regras superficiais ou regras gerais, e as segundas, regras básicas. Outros chamam estas de *second code* ou metarregras, normas não escritas, que funcionam, ao lado do código oficial, no processo de imputação de responsabilidade e de atribuição de etiquetas de criminalidade como código ideológico perceptível apenas de forma probabilística diante de sua própria natureza informal.

São consideradas, portanto, como regras objetivas do sistema social que, correspondendo às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no senso comum e seguidas conscientemente ou não pelos aplicadores da lei, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, com base

Como ensina Andrade (2003, p. 273), para além da eficácia conformadora do conteúdo normativo da lei, suprindo suas vaguezas e ambiguidades,

o *second code* judicial tem uma eficácia seletiva conformadora, reelaboradora e recriadora dos próprios fatos a processar e a sancionar como crimes. Isto significa que a eficácia dos mecanismos de seleção se manifesta na atividade jurisdicional ao longo da multiplicidade de decisões que incumbem aos juízes e tribunais. Seja na fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-penal, individualização, escolha e quantificação da pena. Igualmente se tem colocado em relevo que em todos estes momentos decisórios intervêm muitas assimetrias relativas não apenas às desigualdades ancoradas nas estruturas sociais (de que se alimentam os estereótipos), mas também relativas ao poder de interação, comunicação e expressividade e aos níveis de credibilidade dos diferentes participantes.

A discricionariedade, portanto, “postula necessariamente a mediação das normas derivadas dos *second codes* dos juízes, normas de natureza e impacto reconhecidamente seletivo” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 54). O baixo percentual de furtos privilegiados, e conseqüentemente da inaplicabilidade do princípio da insignificância, nos casos analisados nos conduz a esse tipo de conclusão.

Em contrapartida, decisões recentes do Supremo Tribunal Federal têm decidido ser possível aplicar o princípio da insignificância para arquivar processos criminais referentes ao crime de descaminho, previsto no art. 334²⁰ do CP, nos quais o montante de tributos devido fosse igual ou inferior a R\$ 10 mil.

No caso foi considerado

inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância”. (HC nº 95749/PR, Relator Min. Eros Grau).

Em outro julgado, a decisão teve base no art. 20, da Lei nº 10.522 de 2002, que prevê o arquivamento dos autos de execuções fiscais (processos de cobrança de

sobre as relações de poder entre grupos e sobre as relações sociais de produção (BARATTA, 2001, p. 104-107; ANDRADE, 2003, p. 277).

²⁰ Art. 334: Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria – Pena – reclusão, de um a quatro anos.

impostos) de débitos inscritos como dívida ativa da União, ou por ela cobrados, de até R\$ 10 mil.

A explicativa do Relator versou sobre o fato de que

o art. 20 da Lei 10.522/02 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem cancelamento da distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a RS 10.000,00 (valor modificado pelo Lei 11.033/04). E a jurisprudência desta Corte é no sentido de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho, quando a quantidade sonegada não ultrapassar o valor estabelecido no referido dispositivo, aplicando-se o princípio da insignificância [...] Ademais, a existência de procedimento criminal por fatos semelhantes, já arquivado, não se mostra suficiente para afastar o princípio da insignificância, tendo em vista, sobretudo, o caráter objetivo da regra estabelecida pela jurisprudência da Casa para o efeito de reconhecer-se o delito de bagatela [...] (RHC nº 96545/SC, Ministro Ricardo Lewandowski).

No HC nº 98189/RS, Relatora Min. Ellen Grace, o paciente havia sido condenado à pena de um ano de reclusão, substituída por prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter subtraído, em 17 de abril de 2005, a quantidade de R\$ 70,00 (setenta reais) de um estabelecimento comercial. O impetrante solicitou caso não aplicasse o princípio da insignificância, o reconhecimento do privilégio disposto no § 2º do art. 155, do Código Penal. Disse a Relatora:

Registro que não considero apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura privilegiado (CP, art. 155, § 2º).

Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP).

No presente caso, considero que tais vetores não se fazem simultaneamente presentes.

O fato do valor subtraído pelo paciente ser inferior ao valor do salário mínimo, por si só, não autoriza a aplicação do princípio da insignificância, eis que não se pode confundir o pequeno valor do objeto material do delito com a irrelevância da conduta do agente.

No caso em tela, a lesão se revelou significativa, eis que o valor foi subtraído de um pequeno comerciante, proprietário de um mini mercado na cidade de Carazinho/RS. Vale ressaltar, ainda, que há

informação nos autos (fl. 30) de que paciente possui antecedentes criminais. Portanto, de acordo com a conclusão objetiva do caso concreto do paciente, sendo reprovável o seu comportamento.

[...]

A sanção final que lhe foi imposta relativamente módica – pagamento de multa no valor de um salário mínimo à vítima – tem a relevante função de fazê-lo refletir sobre a necessidade de mudar o seu comportamento. Retirar essa punição, é, na verdade, estimular a continuidade da prática delituosa, o que seria extremamente desastroso para a sociedade e, principalmente, para o próprio paciente (HC nº 97189/RS, Relatora Ministra. Ellen Grace. 9 de junho de 2009).

Apesar de nesse caso a ordem ter sido concedida diante do voto apresentado pelo Ministro Eros Grau, observa-se que segundo a argumentação apresentada o princípio da insignificância visa “beneficiar as classes subalternas”, o que, por si só, põe em xeque sua evocação no caso do crime de descaminho, como no exemplo citado. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. **Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta *compensatio*.** A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. O paciente tentou subtrair de um estabelecimento comercial mercadorias de valores inexpressivos. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social. Ordem deferida. (HC nº 97189/RS, Relatora Ministra. Ellen Grace. 9 de junho de 2009) [grifo da autora].

Esse contrassenso demonstra como o instrumental construído pela doutrina jurídica penal para racionalizar as decisões judiciais ignora o “*second code*” judicial e os processos de influência que, excluídos e predominando sobre aquele, condicionam, latentemente, a seletividade das decisões judiciais” (ANDRADE, 2003, p. 300). E é nesse sentido que o espaço de discricionariedade deixada pela norma penal às agências judiciais é preenchido, constituindo um dos mecanismos de desrespeito à legalidade penal.

3.2.4 O discurso jurídico-penal desconsidera as partes envolvidas no conflito, bem como suas expectativas

Foi visto que a interferência da vítima foi muitas vezes importante para que a investigação policial fosse realizada. O seu empenho em comunicar o fato à polícia, em fornecer dados para a identificação do autor ou para a localização do bem, em efetuar o flagrante, exerceu influência para que houvesse o início do inquérito policial. Isto é, foram recorrentes falas que denunciaram serem as vítimas as responsáveis para que a polícia tivesse a notícia do crime, ou mesmo que revelaram sua interferência diretamente na autuação e identificação dos autores da conduta criminalizada.

Esse diagnóstico está relacionado ao alto índice de inquéritos policiais iniciados por auto de prisão em flagrante. Flagrantes em grande parte motivados a partir do momento em que a vítima busca a agência policial para que esta lhe ajude a reaver seu bem furtado. Situação que, igualmente, refletirá no alto grau de efetividade da apreensão e restituição dos bens, que ocorrem praticamente no momento do crime (no caso, em 73,58% dos casos o bem foi apreendido ainda no local dos fatos ou em situação de perseguição e em 91,17% dos casos o bem foi restituído).

Portanto, a vítima ocupa posição de destaque quando se trata de controle do sistema de justiça criminal no caso do furto. Primeiro, porque em muitos casos cabe a ela decidir pela comunicação ou não da situação problemática às autoridades estatais. Segundo, porque, a iniciativa pró-ativa da vítima em auxiliar nas investigações do fato parece ser, muitas vezes, fator importante para a elucidação do caso ou para que o flagrante seja efetuado.

No entanto, as evidências trazidas pelos dados da pesquisa revelam que esta iniciativa proativa da vítima em ver seu conflito solucionado cede, automaticamente, o lugar para a ação das demais agências formais de controle do sistema de justiça criminal, sobretudo a policial.

Esta constatação é confirmada por Louk Hulsman que denuncia que “o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele” (1997, p. 82-83). Este autor ressalta, inclusive que não só o “delinquente” acaba por ser etiquetado quando o

problema cai no aparelho judicial. A vítima também o é quando o conflito deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram.

Tanto quanto o autor do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva o domínio do acontecimento que viveu. A vítima não pode mais parar a “ação pública”, uma vez que esta “se pôs em movimento”; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do “autor”. [...] Quando o sistema penal se apropria de um “assunto”, ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente da que foi no início. O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores. Assim, o que se apresenta perante o tribunal, no fundo, nada tem a ver com o que vivem e pensam os protagonistas no dia do julgamento. Neste sentido, pode-se dizer que o sistema penal trata de problemas que não existem.

Nesse sentido, destaca-se, por exemplo, das entrevistas realizadas, que há vítimas que reclamam pelo direito de interferir no curso do processo, especialmente para decidir sobre se ele deve ter continuidade:

Teve um processo. Eu vim aqui retirar o processo, eu vim aqui para o juiz e pedi para retirar o processo, porque todo o processo que estava acontecendo, só estava me trazendo transtorno. Só, eu estava sendo chamado para audiência, eu estava sendo chamado para alguma coisa, outra coisa, eu vim aqui e disse: Senhor juiz, eu queria lhe fazer um pedido, para retirar o processo, porque eu não vi nada que acontecesse de melhor a partir do momento que eu tivesse ido na delegacia (vítima de furto).

Não. Ela não iria arranjar trabalho (mesma vítima quando perguntada sobre se processaria a pessoa).

Entretanto, uma vez iniciado o procedimento, a vítima perde o poder de influenciar na persecução penal, mesmo quando para ela não haja interesse em que o réu seja punido. O que vai de encontro com a reação da polícia. Sua atitude perante os casos que lhe são apresentados é automaticamente a repressiva. É esta a função real que lhe cabe.

Assim, o discurso jurídico-penal que prega a legitimidade do Estado, “enquanto expressão da sociedade para reprimir a criminalidade e reafirmar os valores e as normas sociais, a partir dos delitos definidos nos códigos penais, os quais representam a ofensa desses interesses fundamentais e das condições essenciais à

existência de toda a sociedade”, não representa a expectativa da vítima. Na verdade, ele nem passa por sua elaboração cognitiva. Portanto, na dinâmica da resolução do conflito já instaurado, é como se as vítimas não fizessem parte deste “ente sociedade” sobre o qual o discurso acerca das funções do direito penal fala. Suas expectativas diante da atuação do sistema de justiça criminal são diversas.

Enquanto ela enxerga uma situação em que foi lesada e procura quem lhe dê voz, o sistema de justiça criminal visualiza a notícia do conflito como “trabalho a ser realizado” com o fito de punir o acusado. E, uma vez atuando exclusivamente em direção a impor uma sanção ao réu, sem considerar a condição da vítima como sujeito presente na relação conflituosa, cria-se um hiato entre o que a vítima anseia e o que efetivamente encontra. É com o fito de ocupar este espaço que a dimensão de ilusão do discurso jurídico oficial, representada pela ideologia da defesa social, é construída. Trata-se de um mecanismo de legitimar sua atuação para a sociedade.

Zaffaroni (2001, p. 242) reconhece que a vítima de um delito acaba sempre consideravelmente prejudicada, por isso é importante pensar a limitação da violência operada pelo sistema de justiça criminal, a partir do princípio limitador da lesividade à vítima.

Em regra, quando o sistema interfere, o estrago em consequência da expropriação do conflito é menor do que quando queda inerte. A agência judicial não pode assumir, portanto, além dos prejuízos sofridos pela vítima os advindos da irracionalidade do sistema. Assim,

pode ser que a lei não seja expressa a respeito, mas os princípios elementares de respeito à dignidade humana impõem um limite à utilização – e conseqüente coisificação – da pessoa humana: à utilização da pessoa do criminalizado para o exercício de um poder verticalizante; para tanto se usa a vítima mediante a expropriação (diríamos confisco) de seu direito lesado, resultando sempre excessivo, pois que a agência judicial também tolera que se use ainda mais a vítima, infligindo-lhe um sofrimento com a intervenção do poder do sistema pena contra a sua vontade (ZAFFARONI, 2001, p. 242)

Pode-se compreender o porquê de a cultura judiciária ser omissa em reconhecer o processo penal como forma de garantir a reparação dos danos sofridos pela vítima e mecanismos legais de reparação atualmente previstos não serem satisfatórios para que o objetivo seja alcançado, uma vez que poucas são as decisões judiciais que

determinam o dever de reparação dos danos. Este não representa um objetivo a ser perseguido por ela.

Em relação a tais questões a justiça criminal não se propõe a atuar. A proteção e a defesa declaradas pelo discurso oficial não pressupõem a individualização do conflito, a qual supriria as expectativas das vítimas diante do processo instaurado.

A remissão às vítimas, de saber quais são as suas expectativas perante as agências formais de controle, importa na medida em que orientam para o resgate da dimensão do conflito.

A satisfação das partes na relação será possível a partir do momento em que são tratadas em suas especificidades, pois o perfil da vítima orientará para a construção de estratégias de prevenção dos delitos, as quais devem ser dirigidas tanto aos ofensores, como às vítimas potenciais, para que os primeiros não voltem a delinquir e para que os segundos se encontrem menos vulneráveis. É importante pensar respostas jurídicas aos conflitos de acordo com os anseios de quem foi lesado pela atitude de outrem.

Vale destacar como o sofisticado discurso de análise técnico jurídica, de que o bem jurídico não se confunde com o objeto da ação, pois não pode ser entendido no sentido puramente material, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas sendo um valor decorrente da vida individual e social, indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento não é elaborado pelas vítimas do crime de furto. Esta abstração não faz parte de seu mundo. No entanto, contemplaria suas expectativas discutir no processo a apreensão e a restituição do bem furtado, o prejuízo por elas sofrido, bem como a consequente reparação do dano.

Sobretudo, considerando as evidências trazidas pela pesquisa documental, apesar dos traumas gerados, a restituição do bem foi praticamente a única resposta que a vítima obteve do sistema de justiça penal no tocante à reparação dos danos sofridos.

Essas considerações conduzem à crítica do modelo processual com base na expropriação do conflito pelo Estado, que se coloca como o único sujeito passivo constante do delito, e conseqüentemente à discussão acerca da (re) inclusão da vítima no processo penal.

Em uma compreensão procedimentalista do direito e do Estado Democrático de Direito à luz da teoria do discurso de Habermas, Barros (2008, p. 35-45) encontra a fundamentação para a consecução desta garantia. Para ela, esse modelo de Estado implica uma pretensão de aceitabilidade do direito por todos, diferentemente do Estado do Bem Estar Social, em que a expansão do Estado, para buscar um tratamento jurídico de qualquer situação que visasse o “fim social”, acabou criando guetos jurídicos (direito dos negros, da criança, das mulheres, dos idosos etc.) sem que houvesse uma efetiva participação dos afetados pelas normas criadas.

Para a autora, no Estado Democrático de Direito, pela possibilidade de garantia a um só tempo da autonomia pública e privada dos cidadãos, em sua co-originalidade e equiprimordialidade, ele deve ser compreendido como autor e destinatário do direito. Assim, a principal mudança, com base na crítica às políticas etizantes do Estado Social, passa justamente pela participação dos afetados no processo de construção e reconstrução comunicativa de seus direitos, aliando autonomia pública e autonomia privada. A busca por um novo papel da vítima de delitos, para que ela não seja alijada da solução do conflito decorrente do cometimento de um crime, de modo que o processo penal garanta a sua participação, encontra no princípio da dignidade da pessoa humana sua fundamentação constitucional (BARROS, 2008, p. 35-45).

Assim, temas como sobrevitimização, ou vitimização secundária, o estudo da vitimização terciária, a introdução de novos modelos de conciliação e mediação de conflitos penais que visem retomar o diálogo perdido entre as partes, a preocupação com a satisfação da vítima quanto à reparação do dano, a garantia de participação da vítima no processo penal, seja como parte acusadora, seja como parte civil, ou mesmo, como colaboradora do órgão de acusação pública, mediante a garantia do direito de informação, principalmente do início e fim do processo penal, bem como de atuação por meio da definição de poderes, deveres, faculdades e ônus processuais as vítimas, tem sido constantemente discutidos pelo movimento vitimológico.

Esta compreensão destituiu o processo penal da figura de processo como relação jurídica, definida a partir de uma posição de supraordenação entre sujeitos processuais, para compreendê-lo como procedimento realizado em contraditório pelos sujeitos afetados pelo provimento jurisdicional. Isso garante que a decisão jurisdicional

será construída pelo discurso argumentativo empreendido pelas partes e não pela atuação isolada do juiz.

3.2.5 O discurso jurídico-penal ignora a baixa operacionalidade do sistema diagnosticado pelo alto índice de prescrição

Se os estudos criminológicos buscaram demonstrar a real operacionalidade do sistema de justiça criminal, revelando a não correspondência entre ela e a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que o sistema atue, importante destaque pode ser dado ao fato de que reduzidos casos efetivamente chegam à última instância de criminalização, representada pelos mecanismos de execução da pena.

Já era sabido que nem todo crime é apresentado ou recepcionado no sistema de instâncias formais de controle, ou conhecido pela polícia, confirmando a disparidade entre o programa elaborado pelas agências de criminalização primárias e a quantidade de conflitos realmente criminalizados. No entanto, ainda que a criminalidade “nasça”, nem sempre “sobrevive”, pois que

do caudal da criminalidade conhecida pela polícia, nem toda é descoberta ou clarificada, objecto de acusação, julgamento, condenação. A passagem do crime de instância a instância (polícia – acusação – tribunal – administração penitenciária) é inevitavelmente feita à custa da intervenção de margens maiores ou menores de *cifras negras*²¹ (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 135).

Assim, para além da realidade de que muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina do sistema penal, em parte pelo grande número de vítimas que não denuncia os fatos puníveis à polícia, tem-se também, que esta

não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao *Parquet*, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos

²¹ Acerca da *cifra* negra, ou criminalidade oculta, ensinam Jorge Figueiredo Dias e Manuela da Costa Andrade, que “muitas vezes o crime nem chega a nascer como facto estatístico, ou seja, não se dá a sua apresentação ou recepção no sistema de instâncias formais de controle: é o que acontece com a criminalidade oculta, expressão que abrange todo o crime que não atinge o limiar mínimo de crime conhecido pela polícia” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 133).

casos em que teria competência para agir, funciona em um ritmo extremamente reduzido (HULSMAN, 1997, p. 64).

De fato, a “prática” em análise revelou um alto índice de prescrição da pretensão punitiva e executória nos casos de furto no Distrito Federal, revelando uma baixa operacionalidade do sistema de justiça que o acompanha em todas as fases do processo de criminalização.

A superação da ideologia da defesa social evidenciara o mito da igualdade do direito para todos, e conseqüentemente o pressuposto defendido pelo discurso dogmático, o qual busca imprimir racionalidade ao direito penal pressupondo sua ubiquidade em regular as relações dos indivíduos em sociedade e destes com a mesma sociedade. Assim, inequívoco afirmar que a legalidade processual não se realiza, pois que o poder operado pelos órgãos do sistema de justiça criminal não criminalizam todos os autores de ação típicas, antijurídicas e culpáveis.

No entanto, esta baixa operacionalidade está vinculada à própria estrutura do sistema penal montado para que ela não opere e para que exerça seu poder com arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 27). Única resposta plausível ao questionamento suscitado por Louk Hulsman: “pode haver algo mais absurdo do que uma máquina que se deva programar com vistas a um mau rendimento, para evitar que ela deixe de funcionar?” (HULSMAN, 1997, p. 64). A descoberta e a teorização da criminalidade oculta e da mortalidade do crime no interior do sistema de instâncias de controle, evidenciaram sua imbricação com os mecanismos de seletividade.

E assim, ao dimensionar essa análise no contexto da totalidade do poder do sistema, será visto como as agências do sistema de justiça criminal exercem, em verdade, uma parcela mínima do mesmo, a qual serve de pretexto para seu verdadeiro exercício de poder. Aqui se denota traços perversos do discurso de justificação do sistema penal, ao procurar legitimar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado no ínfimo e eventual exercício que efetivamente realiza (ZAFFARONI, 2001, p. 25), a despeito da inobservância de qualquer princípio sobre os quais o sistema de justiça criminal deveria apoiar-se. Pois que a realização de todos os princípios garantidores do direito penal (legalidade, culpabilidade, humanidade e, especialmente, o de igualdade) acabam por representar ilusão diante da operacionalidade do sistema

penal, a qual está estruturalmente preparada para violar a todos. (ANDRADE, 2003, p. 290). Afinal,

como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados (HULSMAN, 1997, p. 65).

A função preventiva atribuída à pena está adstrita a um grupo reduzido no próprio universo dos criminalizados, os quais acabam por figurar como verdadeiros bodes expiatórios dentro da lógica do sistema de justiça criminal.

A desmistificação do princípio da igualdade importa igualmente a absoluta relativização do “princípio da finalidade ou da prevenção”, pautado igualmente pela ideologia da defesa social.

Como visto, o Código Penal Brasileiro consagrou as teorias unificadas da pena ao determinar sua aplicação “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59, Código Penal), as quais podem ser compreendidas nos três níveis de realização do direito penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução da pena (SANTOS, 2008, p. 470).

No entanto, como ensinam Dias e Andrade (1997, p. 409-410), a verificação generalizada da seleção pôs absolutamente em crise a função social de normas que, ainda que sistematicamente violadas, só excepcionalmente são aplicadas. Assim que essas normas, embora satisfaçam certas necessidades da sociedade punitiva, “difícilmente se poderão justificar em nome da eficaz tutela de bens jurídicos. Nem poderá continuar a invocar-se o potencial da prevenção geral que a própria ameaça abstrata da sanção representa”. Além disso, considerando que tais normas são, em verdade, reprodutoras das desigualdades socioestruturais, “corre-se o risco de os delinquentes funcionarem como bodes expiatórios das frustrações coletivas em geral e das frustrações profissionais dos órgãos formais de controle”.

3.2.6 O discurso jurídico-penal ignora que a principal função da pena se realiza ilegalmente

Os dados da pesquisa documental denunciaram uma forte incoerência na utilização da prisão provisória como mecanismo de “punição exemplar antecipada” ao furto cometido. Em 75,69 % dos casos analisados o autor foi preso provisoriamente, tendo como porta de entrada no sistema o flagrante, mesmo que a ação cometida tenha se revestido de baixa lesividade (o bem provavelmente foi apreendido, restituído à vítima e provavelmente considerado tentado). Isso, enquanto em até 75% dos casos a pena aplicada ao fim do processo pelo crime de furto ensejaria substituição penal, caso em que a prisão ao longo da persecução penal não se justifica, pois configura antecipação de pena e violação do princípio da proporcionalidade.

A despeito da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência as práticas e a lógica de atuação das agências policial e judicial do Distrito Federal evidenciam como, para os crimes de furto, a prisão provisória exerce papel fundamental na resposta a esse tipo de conduta, seja porque é adotada na maioria dos casos ou porque, via de regra, determina a entrada do sujeito no sistema carcerário. Indiscutivelmente, a grande recorrência de prisão decorrente do flagrante facilita esse mecanismo de inserção do réu no sistema carcerário de forma antecipada, visto que não exige maior esforço, seja da polícia, ou do judiciário, para que a prisão cautelar seja iniciada ou mantida.

Em estudo sobre prisão provisória em casos de furto, Barreto (2007, p. 91-92) sustenta que um dos motivos para o uso excessivo da prisão provisória é justamente a prisão decorrente do flagrante. Para a autora, atua como um gatilho para o abuso da prisão provisória, pois a rotina burocrática das agências judiciais não contempla a necessidade de tutelar imediatamente o direito individual do réu preso em situações de flagrante delito.²²

²²Segundo a legislação brasileira, juízes e promotores devem ser comunicados em até 24 horas sobre a prisão em flagrante do autuado. Nesse momento, é necessário que a agência judiciária exerça o controle da prisão em flagrante, em especial para avaliar a presença dos requisitos da prisão cautelar para que se decida sobre sua manutenção ou pela liberdade do réu. Os números revelam, entretanto, ser pouco comum

A autora ainda realça ter sido possível diagnosticar que mecanismos estruturais do sistema de justiça criminal conduzem a essa prática violadora de direitos, uma vez que da forma como o sistema penal está estruturado, a possibilidade de a prisão provisória ocorrer na criminalização do furto com violação aos seus princípios norteadores é muito grande, em especial quando se trata de réus que se enquadram no perfil de vulnerabilidade perante o sistema penal e nas localidades em que o controle judicial do flagrante não é efetivo:

Por se tratar desse público, a prática generalizada de permitir a existência automática da prisão provisória sempre que há auto de prisão em flagrante, induz ao seu uso de forma ilegítima, por dois motivos principais. O primeiro deles é que muitas pessoas permanecem presas por inércia, ou seja, por simples falta de apreciação judicial sobre a necessidade da manutenção da prisão. [...] O segundo é que, quando ocorre o flagrante, os juízes têm maior tendência a manter a prisão com base em estereótipos. A dogmática penal é mais utilizada como justificativa seletiva que como mecanismo de proteção à liberdade ambulatoria do réu. (BARRETO, 2007, p. 120-121).

Assim, é de se notar que, se por um lado a prisão decorrente do flagrante é um instrumento que facilita a manutenção da lógica da presunção da culpabilidade, em oposição à presunção de inocência, por outro, a desestruturação do judiciário para dar respostas rápidas ao fato ocorrido, ou mesmo para fazer com que as suas decisões sejam cumpridas, é fator importante para que se compreenda esse mecanismo. Pois, muitas vezes, a demora na conclusão da instrução criminal ou a dificuldade de executar a sentença penal condenatória, condiciona o judiciário a utilizar a prisão provisória como mecanismo de legitimação de seu poder de agência de controle. Afinal, ela, muitas vezes, acaba sendo o único resultado concreto advindo do sistema de justiça criminal para o caso, como a pesquisa documental analisada demonstrou.

Se o pensamento liberal clássico buscou justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”, assim, sendo tolerada quando cumprisse a função instrumental-cautelar em nome da necessidade e da proporcionalidade, percebe-se que o seu papel enquanto pena antecipada, cumprindo as funções de prevenção geral e especial e imediata retribuição foi o que imperou. Estas funções são exclusivas da pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença

a prática de se conceder, no momento da avaliação do auto de prisão em flagrante, liberdade provisória ao réu. Com a edição da Lei nº 11.449 de 2007, que modifica a redação do art. 306 do Código de Processo Penal para obrigar a comunicação do flagrante também à Defensoria Pública o quadro pode ter sofrido alterações. Entretanto, essa lei não estava vigente no período abrangido pela presente pesquisa.

transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar (LOPES JR., 2005, p. 196-199).

A ausência de resposta concreta da agência judicial ao fato criminalizado ou a demora em que aconteça são fatores que explicam a manutenção da cultura da prisão provisória, visto que o uso desse instrumento falseia a inoperância do sistema. A ausência de resposta célere, socialmente aceitável e exequível ao ato criminalizado, reforça a necessidade de adoção de práticas autoritárias e imediatas como a prisão provisória. Isto porque, a eficiência das agências de controle será percebida a partir do que ocorre no momento imediatamente posterior ao delito. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2005, p. 200) conclui que:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica de urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.

Zaffaroni (2001, p. 27-28) indicou esse tipo de afronta à legalidade processual operada pelo sistema penal formal desencadeada, dentre outros fatores, pelo excesso de prazo dos processos penais que acabam por acarretar uma “distorção cronológica” a qual resulta na “conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença (a prisão provisória transmuta-se em penal), a conversão do despacho concessivo de liberdade provisória em verdadeira “absolvição” e a conversão da decisão final em recurso extraordinário”.

Assim, apesar da baixa operacionalidade do sistema de justiça criminal verificada, a qual põe em xeque a função preventiva atribuída à pena pelo discurso jurídico-penal, tem-se que a grande maioria dos réus criminalizados por furto foram presos cautelarmente. Isto é, sofreram uma medida eminentemente retributiva e fundada em bases ilegais.

3.2.7 O discurso jurídico-penal se legitima em funções da pena que (praticamente) não se realizam

Diante da reconhecida nocividade do cárcere, foram incorporadas em nosso ordenamento soluções alternativas para infratores considerados de “baixa periculosidade social”, apostando em penas que reforçassem a dimensão preventiva positiva, isto é, que a despeito de sua “natureza punitiva”, reforçassem a dimensão educativa e (re)socializadora.

Restou diagnosticado na pesquisa, no entanto, uma baixa conversão da pena imposta em alternativa. No caso, menos de 50% dos casos analisados, ainda que preenchessem, em sua maioria, os requisitos arrolados no art. 44 do Código Penal – referente à pena privativa de liberdade aplicada ser igual ou inferior a quatro anos; ao crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; e a não reincidência em crime doloso.

O baixo índice de conversão da pena privativa de liberdade em pena alternativa é mais grave diante das análises apresentadas nos pontos anteriores, sobretudo os 3.2.5 e 3.2.6, em que se conclui que a grande maioria dos réus de furto no Distrito Federal obteve como resposta penal, ainda que antecipada, uma pena eminentemente retributiva em virtude do uso abusivo da prisão provisória ao longo do processo penal cumulada com a baixa operacionalidade do sistema.

A não observância da legalidade penal e processual no tocante aos substitutivos penais pode ser destacada não apenas pelos dados empíricos ora analisados. A representatividade do furto no universo da população carcerária de nosso país ainda é extremamente significativa. Segundo os últimos dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em junho de 2008, o furto figura em terceiro lugar no que se refere ao maior contingente carcerário. O roubo figura em primeiro lugar (29,40%), em segundo lugar está o tráfico de entorpecentes (16,83%) e o furto em terceiro (15,70%). Dos 61.579 casos de furto divulgados pelo Depen, 28.205 (45,80%) são da modalidade na forma simples.

Infelizmente, apesar das funções declaradas e que deram subsídios para a recepção das penas alternativas em nosso ordenamento, percebe-se que a essência da

política de desencarceramento por elas propostas não refletiu em números no caso do furto. Para a lógica de atuação do sistema de justiça criminal perante este tipo penal, representam mais uma resposta da instância formal de controle penal do Estado, não tendo-se destacado forma não estigmatizante, proposta de despenalização. Uma vez sendo o furto simples um tipo penal que não enseja pena privativa de liberdade ao fim de seu processamento, é incoerência existirem tantas pessoas encarceradas em virtude da prática desse ilícito penal.

3.3 DESLEGITIMADO PELOS PRÓPRIOS FATOS

Restaram diagnosticados furtos praticados por um grupo concentrado nos níveis mais baixos da escala social, bem como uma criminalidade de baixa lesividade e de pequena danosidade social, eis que praticada sem violência, com baixa elaboração por parte de seus agentes – basta-se lembrar do alto índice de apreensão ainda no local dos fatos ou em situação de perseguição – e direcionada a bens de pequeno valor.

Entretanto, de um modo geral, as vítimas tiveram suas expectativas frustradas, tendo os traumas gerados desde o início do processamento do delito pelas agências do sistema de justiça criminal superado os advindos da relação conflituosa em si.

Contudo, ainda assim, grande parte dos réus obteve uma resposta penal eminentemente retributiva – representada pelo alto índice de prisões provisórias - não amparada pela legalidade, por diversos fatores. Este fato é agravado frente à baixa operacionalidade do sistema a qual denunciou um reduzido número de casos que chegaram à fase da criminalização terciária, ocasião em que, pelas características da criminalidade estudada, o réu receberia uma pena que se pressupunha atuar primordialmente em função de sua (re)socialização e (re)educação.

De acordo com o abordado no item 3.1.3 deste trabalho, seria o sistema de justiça criminal legítimo se o discurso jurídico-penal, o qual procurou imprimir racionalidade ao seu planejamento, fosse coerente e verdadeiro. Isto é, o atual sistema de justiça criminal atuaria na legitimidade caso suas agências exercessem seu poder de acordo com a programação normativa e nos termos colocado pelo discurso jurídico-

penal. Por outro lado, esse poder demonstra-se ilegal, eis que é exercido em desconformidade com os textos legais e com o referido discurso.

Assim, diante do confronto proposto entre o discurso e a prática se pode afirmar que no caso da criminalidade estudada o discurso jurídico-penal está deslegitimado pelos próprios fatos.

Zaffaroni (2001, p. 182) vai dividir os elementos discursivos que buscam conferir legitimidade ao direito penal em componentes que cumprem a “função legitimantes do discurso” e os que cumprem “função pautadora de regras gerais” para decisões da agência judicial. No primeiro caso, trata-se do exercício do poder verticalizante que “é racionalizado através do discurso justificador do direito penal, que cumpre uma função legitimante, não da agência judicial, mas de todo o sistema penal”. A parte do discurso jurídico-penal que cumpre função pautadora de regras gerais para decisões da agência judicial, se refere à construção da dogmática penal que procura estabelecer um modelo de regras que torne previsível e racional o exercício de poder dos juristas, minimizando decisões contraditórias para mesmos conflitos selecionados pelas agências executivas do sistema penal e submetidos à agência judicial.

Ambas as funções, insistas ao discurso jurídico penal, apresentam componentes intimamente vinculados, pois que a função legitimante subordina a pautadora, permanecendo esta imersa na primeira. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 183):

Os componentes legitimantes devem começar por atribuir uma função à pena que pretende ser racional e estar submetida à legalidade. De acordo com a função atribuída é possível derivar, dedutivamente, uma construção teórica abrangendo os componentes pautadores; cada teoria da pena converte-se, portanto, em uma teoria do direito penal. Deste modo, cada justificativa ou legitimação da pena representa uma teoria do direito penal que abarca e submerge a totalidade da função pautadora, pois esta se limita a derivar-se dedutivamente como projeto ou planificação do exercício de poder da agência judicial.

Se a intervenção penal se pauta em categorias abstratas que impedem contato com a realidade social na qual a agência deve decidir, pode-se supor que o conflito social se perde nessa pauta decisória preestabelecida, visto que as agências estão aptas a trabalhar apenas com abstrações dedutivamente encadeadas às necessidades de uma função justificante do sistema penal (idem). O pressuposto de construção do discurso jurídico-penal é irracional pela própria lógica de sua elaboração. Afinal, impossível

construir um discurso, com pautas decisórias racionais para o exercício das agências de controle uma vez que estas não levam em consideração dados concretos da realidade.

Em verdade, diante da vinculação estabelecida frente aos componentes justificadores – que são falsos porque recorrem a falsidades para legitimar o não legitimável, isto é, todo o exercício do poder do sistema penal – o discurso jurídico-penal legitimante ao sistema penal não cumpre a função de pautar a melhor decisão diante do conflito, mas apenas de pautar a decisão dedutivamente mais adequada à premissa legitimante do exercício de poder do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 183-184).

A despeito dessa patente ilegalidade na atuação do sistema penal, e do evidente distanciamento do discurso jurídico-penal da realidade, o direito penal e as agências formais de controle ainda assim são chanceladas pela sociedade, a qual confere credibilidade à sua operacionalidade. Esse fato é resultado da ilusão de segurança propagada por tal discurso, fator que viabiliza abrir espaço para que as reais funções do sistema penal quedem latentes e ganhem livre espaço para serem edificadas. O discurso meticulosamente construído e verbalizado para acompanhar a estrutura do sistema de justiça criminal, possibilitando que o direito penal seja posto, e como tal recebido e aceito perante a sociedade, não é explícito com relação a seus objetivos. O que se fala não é o que realmente se quer.

A eficácia das funções declaradas do direito penal é sobretudo “simbólica” e legitimadora do controle penal, ao invés de instrumental (ANDRADE, 2003, p. 292). Não que os efeitos diagnosticáveis não cumpram funções reais, mas pode-se falar que outras funções, no caso, latentes, predominam sobre as declaradas. Sobre a questão, citando Hassemer, Andrade (2003, p. 293) ensina que

[...] existe um acordo global a respeito da direção na qual se busca o fenômeno do Direito Simbólico. Trata-se precisamente de uma oposição entre “manifesto” (declarado) e o “latente”; entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido; e se trata sempre dos efeitos e consequências reais do Direito Penal. Simbólico no sentido crítico é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associado-se neste sentido com engano.

De fato, no caso em estudo restou evidenciado o descompasso, ou disfuncionalidade, entre o discurso jurídico-penal e a realidade, ou seja, entre as funções

declaradas e as reais perpetradas pelas agências formais de controle do sistema de justiça criminal quando avaliada a resposta dada pelas agências de polícia e de justiça criminal diante da criminalidade detectada. No caso, o instrumental proporcionado pelo direito penal deveria ser direcionado à proteção de bens jurídicos lesados e ao controle da criminalidade em defesa da sociedade mediante a prevenção, a ser proporcionada pelas penas. Mas não o foi.

Sobre esse assunto Santos (2008, p. 7) explica que os objetivos declarados (às vezes manifestos) são destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e os reais (mas que quedam latentes) são identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena. No entanto, esses últimos são acobertados pelos objetivos declarados no discurso jurídico oficial. E é, justamente, a partir desse mecanismo de ocultação que o direito penal vai revelar seu significado político como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas.

Como parte dessa crítica, Andrade (2003, p. 303) destaca a dupla via legitimadora que marca o poder de punir e o sistema penal. De um lado a ideologia jurídico-penal dominante constituiu um programa para a ação, sendo eminentemente positivo e configurador de sentido, por outro, ele comporta uma representação ilusória da realidade em função da qual aquele sentido é produzido. Isto é, para a autora, o que se tem é, por um lado, uma justificação e legitimação pela legalidade conectada com o enquadramento da programação normativa; por outro lado, uma justificação e legitimação utilitarista conectada com a definição dos fins (funções declaradas) perseguidos pela pena. Ambas se complementam e fazem parte dos mecanismos de justificativa e retroalimentação do poder punitivo do Estado perante a sociedade.

Contudo, diante da evidência empírica de que, apesar da incapacidade racionalizadora para a gestão de decisões igualitárias, seguras e justas, ainda assim é o código da dogmática o qual tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais, pode-se concluir que ele tem concorrido para instrumentalizar e racionalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, conseqüentemente, a totalidade do exercício de poder do sistema penal (ANDRADE, 2003, p. 303).

No entanto, essa “legalidade” a partir da qual o sistema de justiça penal tem se legitimado, advinda da pré-programação legislativa e, sobretudo, do discurso jurídico-penal emprestado pela dogmática, tem sido, nas palavras de Andrade (2003, p. 303-304), cumprida com uma eficácia invertida. Afinal,

Ao invés de racionalização decisória para a gestão da igualdade e segurança jurídica, ela tem concorrido para a racionalização da seletividade decisória e da violação dos Direitos Humanos consumada pela operatividade do sistema penal, ao mesmo tempo em que colocado em circulação social sinais de punição perfeitamente ajustados: o simbolismo da segurança jurídica, que cumpre efeitos fundamentais de legitimação do sistema penal.

E essa eficácia invertida, que em verdade refere-se ao falseamento do discurso oficial está diretamente associada a duas dimensões, de ilusão e de realidade dos fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas, os quais se complementam a fim de manter a lógica da estrutura social. Afinal, como explica Santos (2008, p. 7-8). “o Direito e o Estado não se limitam às funções reais de instituição e reprodução das relações sociais, exercendo também funções ilusórias de encobrimento da natureza dessas relações sociais, em geral apresentadas sob a forma diversa ou oposta pelo discurso jurídico oficial”.

Uma vez que as leis forem criadas, o discurso que acompanha este processo, e que é exteriorizado para o mundo, vem transmutado de justificativas positivas e promissoras sobre os fins do direito penal para a sociedade como um todo. É assim que este acaba sendo apresentado à sociedade: por uma dupla face. Ambas as falas na mesma lógica e contexto, complementares, coexistindo e cumprindo uma função única: a do controle perpetrado pelo sistema de justiça criminal.

3.3.1 Componentes legitimantes que atribuem função ao direito penal

O componente que cumpre a “função legitimante do discurso jurídico-penal”, atribuindo-lhe funções promissoras e positivas foi brevemente apresentado na primeira parte deste trabalho quando tratada da função atribuída ao direito penal em proteger bens jurídicos, e das finalidades atribuídas às penas.

Como visto, a proteção de bens jurídicos insere-se no contexto de busca por uma “etização” ao direito penal com o qual se pretendia racionalizar e, portanto, impor limites à seletividade típica da agência legislativa. Ao direito penal assim concebido estaria reservada a função “positiva”, de preservação de valores éticos sociais fundamentais. Como ensina Zaffaroni (2001, p. 211):

A antiga etização do direito penal do pós-guerra significou a culminância ideológica do programa iniciado com a expropriação do bem jurídico afetado e a conseqüente exclusão da vítima do modelo penal. A única desculpa para semelhante expropriação era que o sistema penal se erigia em guardião de valores “éticos” superiores dos bens jurídicos. As vítimas eram obrigadas a sacrificar seus direitos em favor de um suposto “magistério ético” exercido pelo poder para garantir o direito de todos. A racionalização baseava-se no princípio de que mais desejável seria que todos internalizassem esses valores, isto sim, muito mais importante que o simples direito individual da vítima.

No entanto, evidentemente, a constatada deslegitimação do sistema penal deixa sem sustento esta teoria, porque ela desconsidera a seletividade do sistema penal, sua arbitrariedade, sua violência, sua corrupção, entre outras características desveladas pela análise criminológica crítica e pelas evidências empíricas apresentadas neste trabalho.

Igualmente Santos (2008, p. 5-6) critica a missão declarada pelo discurso jurídico oficial diante da limitação da proteção de bens jurídicos a ser realizada pelo direito penal em virtude de sua subsidiariedade e fragmentariedade. Subsidiária, pois é reconhecida a atuação de outros meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado, para além do direito penal, no que se refere à proteção de bens e valores caros à sociedade; e, fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República, além de esta proteção ser apenas parcial.

Assim, ante a constatação da deslegitimação do sistema penal o sentido protetivo de bem jurídico que se quer emprestar à norma penal é irracional, pois que desvinculado da realidade. Realmente, se de um lado a legitimidade da atuação estatal está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência no pleno gozo de direitos fundamentais de um indivíduo, por outro, deve-se atentar que não será o direito penal a dirimir esta questão. Ele verdadeiramente atua somente após o fato, o que denota seu caráter eminentemente sancionador de interferência após este ter-se concretizado.

O sentimento que fica é que a proteção de bens jurídicos trata de mais um valor simbólico não realizável pelo direito penal, uma vez que o caráter deste é eminentemente coercitivo, pois está limitado a atuar a *posteriori*. Põe, portanto, em xeque, não só a função do direito penal declarada por esta premissa, mas igualmente quando vislumbrado enquanto princípio fundamentador da criminalização primária e norteador da secundária.

Sobre esse mesmo ponto, Juarez Tavares (2003, p. 180) também contesta o caráter real da proteção do bem jurídico penal diante da sua utilização como instrumento de manutenção e reprodução da ordem, aspecto não enunciado pelo discurso da dogmática:

Geralmente, insere-se o bem jurídico como pressuposto do tipo, mas na qualidade de objeto de proteção. Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção de bem jurídico, porque essa proteção não possui conteúdo real. Em primeiro lugar, não há demonstração de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida proteja o bem jurídico. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem fundamento material. Finalmente, inserir a proteção de bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim como instrumento de manutenção e reprodução da ordem. Este último aspecto é ignorado pela dogmática, que, simplesmente, aceita a finalidade protetiva atribuída ao tipo como absolutamente irrefutável.

Em verdade, essas reflexões devem ser estendidas para a própria compreensão, a que se quer chegar, acerca do conceito de bem jurídico. O qual foi criado e recriado pela dogmática jurídica, denunciando “que sua criação não é apenas produto da elaboração jurídica pura, mas também de um contexto político e econômico” (TAVARES, 2003, p. 182).

Ferrajoli (2006, p. 432) destaca, como fator de deformação do problema do bem jurídico, a ideia de que uma resposta à questão axiológica externa sobre “o que punir” tenha de fornecer um critério positivo de identificação dos bens jurídicos que requerem tutela penal e das sanções penais correspondentes. Para ele, não se pode alcançar uma definição exclusiva e exaustiva da noção de bem jurídico. “O que significa que uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente – e não adiantaria nada que nos dissesse – que uma determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico”.

Assim, o conceito de bem jurídico pode nos oferecer apenas uma série de critérios negativos de deslegitimação que, além de indicar a irrelevância ou o esvaziamento do bem tutelado, indicam desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal, a inidoneidade das penas na consecução de uma tutela eficaz, ou, inclusive, a ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida. Sinalizam a carência de justificação para uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida. Para o Ferrajoli (2006, p. 432-433) “isto é tudo o que se pede à categoria do “bem jurídico”, cuja função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão de um bem jurídico deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito”.

Partilhando com a função legitimante consubstanciada na proteção do bem jurídico, as teorias da pena, como aduzido por Zaffaroni (2001, p. 183), podem ser entendidas enquanto parte dos componentes legitimantes do discurso jurídico penal, eis que o brocardo justifica o direito penal na proteção de bens jurídicos lesados e na capacidade da pena controlar a criminalidade em defesa da sociedade mediante a prevenção geral e especial.

Afinal, se de cada uma das teorias da pena existentes pode ser deduzida uma teoria do delito e uma concepção da quantificação (ou individualização) da pena, conseqüentemente, elas estão insertas na disfuncionalidade entre sistema penal e discurso declarado. Assim, as funções atribuídas às penas – de retribuição da culpabilidade, de prevenção especial e de prevenção geral da criminalidade – denotam, igualmente como o discurso penal e a realidade da pena caminham em direções absolutamente contrárias.

Em verdade, como apresentam Rusche e Kirchheimer (2004, p. 18-19), as teorias penais não apenas contribuíram pouco como tiveram uma influência negativa nas análises sociológicas dos métodos punitivos. Afinal, por elas, a punição é entendida como algo eterno e imutável, o que condiciona, inclusive, o afastamento de investigações de cunho histórico sobre a temática. Conseqüentemente, a análise das relações eventuais entre método de punição e organização da sociedade ocorre apenas numa esfera limitada. Assim,

Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. **A pena não é nem uma simples consequência do delito nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. Nós não negamos que a pena tenha fins específicos, mas negamos que ela possa ser entendida tão somente a partir de seus fins.** [Grifo da autora].

O contrassenso, como destacado por Santos (2008, p. 460), é que a política penal realizada pelo direito penal é legitimada pelas funções atribuídas à pena criminal pela ideologia oficial, destacando que é na ideologia da defesa social onde esta encontra seus fundamentos. Afinal, esta sintetiza “o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o direito penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao direito penal e à pena” (ANDRADE, 2003, p. 137). Isto é, no âmbito destas teorias é encontrada a promessa de realização da função instrumental da defesa social e do controle efetivo da criminalidade, ainda que por meio de funções inalcançáveis – prevenção geral negativa e prevenção especial positiva - e outras impróprias à persecução dos fins preventivos – prevenção especial negativa e prevenção geral positiva.

Nesta mesma esteira, Zaffaroni et al (2003, p. 71) afirmam serem as teorias da pena parte do discurso jurídico-penal dominante que busca racionalizar o poder das agências de criminalização. No entanto, o fazem de maneira falseada, pois, ao apresentarem os elementos discursivos legitimantes e de racionalização da criminalização “procedem à generalização de alguma função positiva, a partir de casos particulares (a eficácia comprovada do poder punitivo em algum conflito é por eles estendida praticamente a toda a conflituosidade social sem nenhuma prova empírica), condicionando o resto do discurso”. De fato, no caso em estudo, basta lembrar do baixo índice de cumprimento das penas previstas para o tipo penal de furto, que deveriam ser alternativas, em contrapartida ao alto índice de aplicação de prisões provisórias.

Ainda assim, os modelos legitimantes do poder punitivo são construídos a partir das funções manifestas da pena, as quais atribuem valores positivos à criminalização. E, sob bases equivocadas, é edificado todo o discurso utilitarista do

direito penal o qual se legitima a partir de uma promessa de segurança. Como fora dito, o eficiente processo de legitimação do poder punitivo só foi possível diante da ilusão de segurança propagada por este discurso, o que permite, por outro lado, abrir espaço para que as reais funções do sistema penal quedem latentes e ganhem livre espaço para serem edificadas.

Como se vê, “o sistema de justiça criminal, operacionalizado nos limites das matrizes legais do direito penal, realiza a função declarada de garantir uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais e, assim, promovendo o bem comum” (SANTOS, 2008, p. 10). Função esta “legitimada pelo discurso oficial da teoria jurídica do crime, como critério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, e pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, fundado nas funções de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral atribuídas a pena criminal”.

3.3.2 Funções reais operadas pelo sistema de justiça criminal

3.3.2.1 A proteção de classe

Souza (2000) busca explicar como o processo de modernização da sociedade brasileira se deu de forma seletiva, o qual encontra raízes, na verdade, ainda no drama social vivenciado pelo Brasil colônia.

Fruto de um continuísmo histórico, a dependência, mesmo que sob outras formas históricas e sociais, se perpetuou. Mesmo depois da abolição da escravatura a população rural despossuída repetiu em seus traços constitutivos aquela mesma relação de submissão e hierarquia. Relação que encontrou correspondências na revolução industrial da primeira metade do Século XIX.

No entanto, segundo Souza (2000, p. 253), com a revolução modernizadora, as relações pessoais, propiciadas pelo contexto de aguda dependência e privação, adquiriram outro sentido. As oposições deixaram de localizar-se nos binômios construídos a partir de situações particulares, como senhor/escravo. Assumiram formas impessoais, pois o vínculo de dominação passou a se referir a valores inscritos dentro da

lógica de funcionamento das instituições fundamentais do mundo moderno, especialmente do mercado capitalista. Ressalta-se, contudo, que o ponto comum a todos esses se manteve: a relação entre positivamente privilegiados e negativamente privilegiados.

Esse modelo comprometeu a noção de cidadania e inclusão social que se deu no Brasil, interferindo diretamente na construção das relações que permeiam toda a sociedade, a qual se modernizou, mas manteve intacta a lógica hierarquizante, herança escravocrata, que define cidadãos e subcidadãos. A construção da cidadania não foi, portanto, articulada ao longo de sua história, a partir de uma construção cultural, política e social, amadurecida pela própria sociedade e concretizada em um ordenamento legal. Denota-se, inclusive, que esta cidadania, dita regulada, ou seja, marcada pela ideia de seletividade e de desigualdade social, inviabilizou a própria concretização de um Estado Democrático de Direito.

Como agravante, as últimas duas décadas do Século XX foram marcadas por profundas transformações nos padrões de acumulação do capital e da concentração tecnológica, promovendo transformações nos rumos das sociedades que passaram a organizar todas as dimensões da existência. E como explica Dornelles (2002, p. 119), o processo de reconstrução econômica trouxe graves consequências principalmente para as sociedades em desenvolvimento. No caso, a América Latina vive um processo ampliado de exclusão social e violência generalizada.

Dornelles explica que:

com essa nova ordem econômica e financeira internacional e esse novo modelo de desenvolvimento do capitalismo baseado na mundialização econômica, organizou-se também uma nova direita ultraconservadora com um discurso retrógrado que recupera conceitos do positivismo na análise e entendimento das questões sociais.

Parte desse processo, a ofensiva neoliberal no caso brasileiro agravou ainda mais todas as mazelas advindas do continuísmo histórico do padrão desigual e seletivo de relações: geração de concentração de renda, diminuição do crescimento econômico, desemprego endêmico, incrementação da econômica informal, enfraquecimento progressivo dos programas assistenciais assumidos pelo Estado desenvolvimentista (DORNELLES, 2002, p. 119-120).

Enfim, todos os fatores desse processo de modernização, desigual e seletivo, associados à eficiência do mercado e ao Estado capitalista, reproduziram sob outras formas, especificamente moderna, as condições que garantem e sempre garantiram a perpetuação da situação de dominação e subordinação social. O que era antes conseguido pela violência subjacente e dependência do escravo em relação ao senhor é levado a cabo hoje por mecanismos impessoais e institucionalizados pelo Estado através de suas agências formais de controle. Obviamente, relações de poder que se capilarizam e se reproduzem por toda a sociedade nas diversas relações de subordinação, formais ou não, que fazem parte de uma sociedade que adotou como pressuposto a hierarquia vertical para suas inter-relações.

Compactua-se com Dornelles (2002, p. 121) ao pontuar que

A marginalização, a exclusão, a pobreza generalizada, as guerras civis, os massacres, a fome e a conseqüente morte de milhares de seres humanos são apresentados como condições necessárias à reengenharia social, onde as políticas compensatórias e o controle social, repressivo se complementam. Ao “Estado mínimo” na esfera social e econômica corresponde o “Estado máximo” na esfera das políticas de segurança pública e no exercício do controle social através da “criminalização” dos problemas sociais. E esta exclusão socioeconômica – com o conseqüente aumento da miséria e que constituiu em verdadeiro “genocídio social” que atinge grande parte da humanidade – seria, mais uma vez, considerados pelos ideólogos do neoliberalismo como o “custo social” do progresso.

No contexto de uma sociedade assim caracterizada, a opção por um poder punitivo institucionalizado, responsável por dirimir conflitos e garantir a “paz social”, inevitavelmente gera uma gama de consequências negativas e cruéis.

Para a imensa maioria da legião de excluídos, tanto no meio urbano quanto no rural, produto de séculos de abandono, a desigualdade social aparece como um resultado natural, muitas vezes percebido como fracasso próprio. Esse fator é capaz de inviabilizar a construção e a concretização de noções de justiça e de pertencimento no meio social (SOUZA, 2000, p. 268).

Difícil imaginar que a “construção” de direitos fosse apartada da “realidade” subsumida à lógica de seletividade e desigualdade. No caso do direito penal, não foi apenas a autonomia dos cidadãos, em discutir e resolver seus conflitos, que foi deslegitimizada. Reflexo da solidificação da cultura da “coisificação” em massa das

pessoas, em que o “outro” passa a “não ser”, se desumaniza e é tratado e se comporta como objeto e não como sujeito nas sociedades capitalistas. Isso por si só representa um dano significativo. A construção das normas penais desconsiderou o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações interpessoais etc.

Na verdade, um enfoque econômico-político do desvio permite relativizar valores arraigados a nossa cultura jurídica e proceder por uma busca pelo que subjaz às definições jurídicas abstratas, emergindo o verdadeiro processo social de criação do direito. No caso, sua “essência econômica” é revelada (BATISTA, 2001, p. 18).

Como alertado por Batista (2001, p. 20-21), “o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”. Afinal, ainda com este autor, o que significaria a busca por defesa de “interesses do corpo social” em uma sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estruturais e logicamente antagônicos aos da outra.

A programação normativa criada por um determinado segmento da sociedade refletirá seus interesses e necessitará de discursos que não abram espaços para refutações. E assim, o controle de um grupo social sobre o outro é o que se concretiza no mundo, enquanto característica finalística do direito penal, garantindo determinada ordem econômica e social. Isso não poderia ser diferente, numa sociedade erguida através de um modelo de processo de modernização, desigual e seletivo, o qual comprometeu a noção de cidadania e inclusão social que se deu em nosso país reforçando a seletividade e a desigualdade social, inviabilizando a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Assim, a leitura criminológica crítica previamente apresentada neste trabalho acertadamente condiciona o progresso da análise do sistema de justiça criminal como um sistema desigual por excelência, superando a descrição da fenomenologia desta desigualdade para tratar de sua interpretação, a “lógica desta desigualdade”. No caso, o nexos entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei de desenvolvimento da formação econômica em que vivemos.

Essa perspectiva permitiu evidenciar o resultado histórico do processo pelo qual a sociedade como um todo passou: da legitimação de um direito com o intento de

conter a violência, foi capaz de ocultá-la, tornando juridicamente invisível a desigualdade e a violência estrutural na sociedade.

Consequentemente, o que se constata é um direito, sobretudo o penal, que reflete os privilégios e interesses das classes dominantes, preservando os comportamentos socialmente danosos e típicos dos indivíduos a elas pertencentes de processos de criminalização. No entanto, verifica-se, também, um direito voltado especialmente para processos de criminalização dos desvios típicos das classes subalternas, que ocorre com a escolha dos tipos de comportamento descritos na lei e com a diversa intensidade da ameaça penal (normalmente inversa a real danosidade social dos comportamentos).

O que se observa, a partir do discurso apresentado pela dogmática penal, é o deslocamento do centro de gravidade do direito para fora do mundo real, situando-o em um mundo conceitual dos juristas, cuidadosamente mantido e aperfeiçoado pelo ensino jurídico, sob o signo da neutralidade científica. Contudo, esse afastamento do mundo é aparente. Na verdade, o direito está orientado por uma ideologia que outra coisa não pretende senão a manutenção do *status quo*, ou seja, da estrutura implantada pelo Estado e criada propositadamente para manter a lógica da estrutura social.

Nesse contexto, Batista (2001, p. 17) aduz que ao trabalharmos com o fato de os homens moverem-se dentro de sistemas de regras, não podemos desconsiderar o dinamismo das relações em sociedade, nem podemos deixar de nos questionar sobre as formas de aparição histórica destas regras, e, portanto, do direito. Corremos o risco, caso contrário, de cairmos no erro de achar que a história de nosso direito é “autônoma e destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito foi produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas”.

O fato de o direito não ser algo revelado ao homem, nem descoberto por sua razão, nos conduz a dimensão de ser ele algo construído pelo agrupamento humano e pelas condições concretas em que este se estrutura e se reproduz, isto é, sua realidade social deve ser o ponto de partida do estudo. É importante considerar que “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas dentro e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira” (BATISTA, 2001, p. 19). Essas funções, que o direito cumpre em determinada sociedade, devem ser apreendidas para a compreensão do próprio direito.

É a partir dessas funções que o direito penal corporifica seu significado político dentro do ordenamento jurídico. No caso, enquanto centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.

Para Santos (2008, p. 7), nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição que ocupa nas relações de produção e de circulação da vida material, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado refletem essa perspectiva. Será aqui que as contradições e os antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social se manifestam. Para ele:

[...] Os sistemas jurídicos e políticos de controle social do Estado – as formas jurídicas e os aparelhos de poder do Estado – instituem e reproduzem as condições materiais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados.

É importante, portanto, ter como premissa orientadora para a compreensão dos porquês do crime a desmistificação dele como uma realidade ontológica pré-constituída, entendendo-o como parte de um contexto social, que construiu ao longo de sua história mecanismos de controle social legitimados por uma cultura caracterizada pela desigualdade e seletividade. Nessa perspectiva, o direito penal não pode ser mais considerado enquanto um sistema estático de normas, mas um sistema dinâmico de funções.

3.3.2.2 A prisão da miséria

Diante da baixa operacionalidade do sistema de justiça e, portanto, do reduzido índice de aplicação das penas, poder-se-ia pensar que as finalidades atribuídas pelo discurso jurídico-penal a elas, sobretudo as de cunho retributivo ou preventivo especial, não passariam de elucubração teórica não aplicada ao tipo penal de furto. No entanto, a prática corrente do uso da “antecipação de pena” sinaliza que, no contexto do exercício do controle penal, é atribuída uma importante função à pena.

“Seja como restabelecimento do dever de obediência, ou defesa contra os violadores, a proteção da sociedade é o objetivo de toda pena ou tratamento penal, não importando a forma como venha a ser feita” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 7-8). Em outras palavras, se é verdade que qualquer grupo social impõe penas sobre aqueles que violam suas leis, as quais são criadas a partir dos valores sociais que o grupo social dominante vê como bons para a “sociedade”, elas igualmente vão cumprir uma função compatível ao processo de ideologização subjacente à problemática da punição. Isto é, emerge-se como função real da atuação do sistema de justiça criminal a manutenção do *status quo*, ou seja, da estrutura implantada pelo Estado e criada propositadamente para manter a verticalização da estrutura social, obviamente à pena de prisão é conferido destaque nessa lógica.

Rusche e Kirchheimer, em *Punição e Estrutura Social*, realizaram uma análise histórica das relações existentes entre condições sociais, mercado de trabalho e sistemas penais – no período compreendido entre os Séculos XV e XVIII, quando a Revolução Industrial inaugura a prisão como a principal e mais importante espécie de pena do Ocidente – e mostram como os meios criados para assegurar a “proteção” da sociedade foram sendo modificados conforme a crença na sua capacidade de assegurar a obediência, mantendo-se em consonância com o excesso ou a escassez de mão-de-obra. Isto é, procurando dar resposta ao questionamento sobre “Qual a extensão da determinação das relações sociais no desenvolvimento dos métodos de punição?” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 17), os autores demonstraram a relação entre os vários regimes punitivos e o sistema de produção em que se efetuam, evidenciando a íntima relação entre a pena e a cultura que a produz. Nas palavras destes autores:

A multiplicidade de teorias penais e a confusão que produzem parecem dever-se à confusão entre fins e meios. Os meios para assegurar a proteção da “sociedade” têm variado muito, porque os poderes que a lei impõe em diferentes sociedades escolheram estes meios que eles acreditam ser num dado momento os melhores para assegurar a obediência à suas leis. Estas crenças são, por outro lado, dependentes da tradição, do nível de conhecimento e da natureza das instituições e condições econômicas e sociais. [...] O caráter das penas, portanto, está intimamente associado aos e dependentes dos valores culturais do Estado que as emprega (idem, p. 8).

A pesquisa realizada por Rusche e Kirchheimer (2004, p. 14) teve como pressuposto o princípio do *less eligibility*, o qual parte da premissa de que “as

condições de vida no cárcere e as oferecidas pelas instituições assistências devem ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres, de modo a constranger ao trabalho e salvaguardar os efeitos dissuasivos da pena”. Nessa esteira, os autores perceberam que, de uma forma ou de outra, os trabalhadores eram explorados pelo sistema capitalista, seja nas fábricas ou nas prisões, local onde exerciam as suas penas através do trabalho forçado, tão lucrativo e funcional à ordem capitalista industrial quanto o trabalho livre.

Diante dessa constatação a pena deixa de ser entendida como simples consequência do delito nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado por algum fim a ser atingido. É compreendida, portanto, independentemente de sua concepção jurídica e de seus fins sociais. Não que para Rusche e Kirchheimer (2004, p. 19-20) a pena não tenha algum fim específico, mas ela não pode ser entendida tão somente a partir de seus fins. Nas palavras destes autores:

A pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. O objeto de nossa investigação, portanto, é a pena em suas manifestações específicas, as causas de sua mudança e de seu desenvolvimento, as bases para a escolha de métodos penais específicos em períodos históricos também específicos. A transformação em sistemas penais não pode ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo o sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais.

A par dessas ideias, e fazendo referência específica ao trabalho de Rusche e Kirchheimer, Foucault, em “Vigiar e Punir”, assevera acerca do necessário abandono “da ilusão” de que a pena representa uma maneira de reprimir os delitos, e - subsumida nesse papel e associada às formas sociais, aos sistemas políticos ou às crenças - possa “ser severa ou indulgente, voltar-se para a expiação ou procurar obter uma reparação, aplicar-se em perseguir o indivíduo ou em atribuir responsabilidades coletivas” (FOUCAULT, 1987, p. 24). Ou seja, que se possa atribuir-lhe alguma finalidade específica.

Na verdade, as penas devem ser analisadas como “sistemas punitivos concretos”, isto é, enquanto fenômenos sociais que não podem ser explicados

unicamente pela armadura jurídica da sociedade nem por suas opções éticas fundamentais, recolocando-os

em seu campo de funcionamento onde a sanção dos crimes não é o único elemento; mostrar que as medidas punitivas não são simplesmente mecanismos “negativos” que permitem reprimir, impedir, excluir, suprimir; mas que elas estão ligadas a toda uma série de efeitos positivos e úteis que elas têm por encargo sustentar (e nesse sentido, se os castigos legais são feitos para sancionar as infrações, pode-se dizer que a definição das infrações e sua repressão são feitas em compensação para manter os mecanismos punitivos e suas funções) (FOUCAULT, 1987, p. 24-25).

Giorgi (2006, p. 83), conduzindo a análise nessa perspectiva, reconhece como no processo de desenvolvimento do capitalismo industrial, desde a acumulação primitiva até o fordismo, os dispositivos de controle exerceram uma função fundamental de racionalização disciplinar da produção e de sujeição da força de trabalho à valorização capitalista. No entanto, o autor avança ao ensaiar uma discussão acerca de quais tecnologias de controle e formas de racionalidade do domínio se constituem a partir do esgotamento do fordismo, do encerramento do ciclo industrial do capitalismo e da transformação da força de trabalho pós-fordista em multidão. A legitimidade encontrada para tal exercício está, justamente, na inequívoca constatação de que as transformações da força de trabalho afetam de modo significativo a relação entre economia e controle.

Ainda que se trate de um esboço, ou um plano de tendências, pois que ainda não claramente verificáveis, a descrição das tecnologias de controle que ganham forma a partir das transformações indicadas é, também uma oportunidade de repensar os instrumentos conceituais da econômica política da penalidade (GIORGI, 2006, p. 92). Nesse sentido, Giorgi destaca como característica marcante, do momento hoje vivido, o esgotamento da utopia disciplinar de um saber absoluto do poder para com os indivíduos, e também o fato de que este grande desenho da modernidade está sendo substituído hoje por tecnologias de controle que renunciam explicitamente a utopia sustentada pela metáfora do *Panopticon*.

No caso, este foi identificado como o grande exemplo de tecnologia disciplinar de controle dos indivíduos, visto que sua arquitetura foi capaz de fundir saber e poder, constituindo uma metáfora histórica eficaz do processo de formação das estratégias de organização dos corpos no espaço. No *Panopticon* concretizou-se a

utopia moderna e capitalista de uma observabilidade ininterrupta e, principalmente, de uma transparência absoluta dos subordinados aos olhos do poder: “um poder que vigia os muitos porque sabe exatamente onde e quando observar; os muitos se atêm minuciosamente à norma porque não sabem exatamente de onde e quando serão observados” (GIORGI, 2006, p. 93).

Por outro lado, Giorgi (2006, p. 93) assevera que justamente esta concatenação de saber e poder que sintetizou toda a economia do sistema disciplinar parece estar sendo progressivamente desarticulada para ceder lugar a tecnologias de controle que migram em direção a um regime de supervisão e contenção preventiva de classes inteiras de sujeitos, renunciando, assim, a qualquer saber sobre os indivíduos. Isto é, tecnologias de controle orientadas para o internamento, para a vigilância e para a limitação do acesso. Entre alguma dessas tecnologias que julga terem se manifestado de forma mais definidas o autor destaca o cárcere atuarial.

No caso as “populações problemáticas”, representadas pelo excesso de força de trabalho determinado pela reestruturação capitalista pós-fordista, são geridas cada vez menos pelos instrumentos de regulação “social” da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio.

Giorgi se remete ao “sentido comum penal neoliberal” – não adstrito aos Estados Unidos – evidenciado no estudo de Wacquant (apud GIORGI, 2006, p. 96) para melhor explicar sua tese. No caso, “a irreversível ascensão do Estado penal americano” como estratégia de “criminalização da miséria funcional pela imposição da condição salarial precária e sub-remunerada”, que se desenrola paralelamente à “concomitante reformulação dos programas sociais no sentido punitivo” quando da transição “do Estado social ao Estado penal”.

O estudo de Wacquant parte do paradigma norte-americano de implantação do Estado Penal em oposição ao Estado Previdenciário – desmantelado pela ofensiva neoliberal – para mostrar como a prisão vem cumprindo as suas novas funções. No caso, mais especificamente, como a nova gestão da miséria estaria ocorrendo por criminalização da miséria no fim do Século XX. Em *As prisões da miséria*, Wacquant refaz a trajetória desse processo de criminalização da miséria ocorrido nos Estados Unidos como forma de controlar a conflitividade social decorrente das consequências do neoliberalismo que impôs o Estado mínimo em substituição ao Estado-Providência

e mostra como esse “senso comum punitivo” norte-americano se internacionalizou ao se expandir para países da Europa e da América Latina.

No contexto brasileiro, suas interpretações sobre o novo modelo de Estado (mínimo) e as novas formas e funções da prisão representam uma importante contribuição, na medida em que o autor considera ainda mais grave a implantação desse Estado Penal em países como o Brasil. Como ensina Wacquant (2001, p. 7-8):

No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o *tratamento social da miséria* e de seus correlatos – ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade – e seu *tratamento penal* – que visa as parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particulares cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil [...].

Os fatores elencados por Wacquant (2001, p. 8-12) que denotam o agravamento no caso brasileiro da incorporação da “penalidade neoliberal” são: *i)* o conjunto de razões ligadas à história e à posição subordinada do Brasil na estrutura das relações econômicas internacionais, que a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, mantém a sociedade brasileira caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades; *ii)* a própria insegurança criminal no Brasil agravada pela intervenção das forças da ordem, como o uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil, que contribuem para um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado; *iii)* o evidente recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnorracial e a discriminação com base na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária; *iv)* o sistema carcerário, ao qual se credita a contenção da escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil, mas que só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele sequestra e para alimentar a criminalidade pelo

desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove.

Assim, o diagnóstico realizado por Wacquant alerta para o fato de que em tais condições, desenvolver o estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres. Assevera o autor, que

a adoção das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, a “deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão”. A despeito dos zeladores do Novo Éden neoliberal, a urgência, no Brasil como na maioria dos países do planeta, é lutar em todas as direções não contra os criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social que, em todo lugar, impele ao crime e normatiza a economia informal de predação que alimenta a violência.

Ainda assim, estas são identificadas como as coordenadas de conjunto da nova estratégia repressiva euroamericana que servem de pano de fundo à transição do fordismo ao pós-fordismo e do “Estado social” ao “Estado penal”, as quais como alerta Wacquant estão, igualmente, presentes no contexto brasileiro.

Todavia, o que se mantém são práticas disciplinares já conhecidas, caracterizadas pela centralidade alcançada pelo cárcere, isto é,

pelo dispositivo disciplinar *par excellence* na gestão da nova força de trabalho e dos grupos sociais marginais, grupos que, por sua vez, se aplicam cada vez mais em consequência do aumento do desemprego, da precarização do trabalho e do empobrecimento de massa que se seguiram à reestruturação do *welfare* (GIORGI, 2006, p. 97).

Nesse sentido, Giorgi (2006) suscita que, poder-se-ia, inclusive pensar que o grande internamento contemporâneo não é algo muito diferente do que Foucault

descreveu, e que, no fundo, o projeto disciplinar não tenha sido nem de longe extinto e que ainda uma vez, o objetivo dos dispositivos de controle seja o de disciplinamento da força de trabalho desqualificada. No entanto, esta nova racionalidade de controle vem acompanhada do conceito de *risco*. As novas estratégias penais se caracterizam por mecanismos de gestão de risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Como ensina Giorgi:

Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim *atuarial*.

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime (p. 97-98).

Em suma, o atuarialismo penal declara a irrelevância do saber sobre os indivíduos e o substituiu pela construção de categorias e formas de individualização completamente arbitrárias, com base no conceito de periculosidade e orientadas tão somente para uma função primordial que a pena assume: a contenção dos referidos riscos. E, assim, a prisão, ao assumir a função real de ser direcionada à contenção de uma população excedente e de um *surplus* de força de trabalho desqualificada, que a prescindibilidade da consumação de um delito, das características individuais de quem está detido e de qualquer finalidade reeducativa ou correcional, torna-se prática costumeira na operatividade do sistema de justiça criminal. Afinal, a orientação passa a ser a de “estocagem” de categorias inteiras de indivíduos consideradas de risco (GIORGI, 2006, p. 98-99).

CONCLUSÃO

No presente trabalho, demonstrou-se que, embora o discurso jurídico-penal pretenda imprimir legitimidade ao direito penal atribuindo-lhe finalidade positiva – ao discorrer acerca da proteção e da defesa da sociedade, ao proclamar funções promissoras à pena e ao estabelecer regras, técnicas e limites para guiar sua aplicação – ainda assim ele é irracional. Se se espera coerência interna desse discurso ou verdade quanto a sua operatividade, o presente estudo, ao confrontar o discurso jurídico-penal diante da prática, buscou evidenciar sua irracionalidade no processamento do furto no Distrito Federal.

Os dados da pesquisa documental realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCrim) da Universidade de Brasília (UnB), analisados no presente trabalho, revelaram a seletividade da atuação do sistema de justiça criminal do Distrito Federal em contrapartida à baixa lesividade dos furtos inseridos na máquina punitiva e ao baixo índice de furtos privilegiados revelando como o regramento previsto na criminalização primária dos tipos de furto não refletem a dinâmica dos fatos, nem mesmo são aplicadas nos casos concretos. Além disso, a baixa operacionalidade detectada em razão do alto índice de prescrição pôs em xeque a função atribuída à pena, visto que a prática revelou seu uso ilegal e de maneira antecipada. Evidenciou-se, ainda, como o discurso de proteção de bem jurídico não faz parte do mundo das vítimas nem da realidade do conflito.

Em suma, foram reveladas funções reais do direito penal: seu uso como mecanismo de “proteção de classe” e de “encarceramento da miséria”.

A partir da perspectiva criminológica crítica, a análise dos dados da pesquisa documental analisou como o discurso que pretende legitimar o direito penal, justificando-o no mundo e racionalizando a programação prevista para a criminalização primária, não se esgota em si mesmo, não incorpora as limitações nem os excessos do exercício de poder operado pelas agências formais e informais de controle do sistema penal.

De fato, no processamento do furto vislumbra-se o descompasso, ou disfuncionalidade, entre o discurso jurídico-penal e a realidade, ou seja, entre as funções

declaradas e as reais perpetradas pelas agências formais de controle do sistema de justiça criminal e a resposta dada pelas agências de polícia e de justiça criminal diante da criminalidade detectada. Assim, pode-se afirmar que o instrumental proporcionado pelo direito penal não é direcionado à proteção de bens jurídicos lesados e ao controle da criminalidade em defesa da sociedade mediante a prevenção supostamente proporcionada pela pena.

Ao menos nos casos de furto, os resultados apresentados pela pesquisa documental evidenciaram a desconexão entre a “realidade” e a “construção” desse discurso, o qual proclama a defesa e a proteção pelo uso do direito penal.

A despeito da patente ilegalidade na atuação do sistema penal e do evidente distanciamento do discurso jurídico-penal da realidade, o direito penal e as agências formais de controle ainda assim são chanceladas pela sociedade, a qual confere credibilidade à sua operacionalidade. Afinal, a ilusão de segurança propagada por este discurso – que é meticulosamente construído e verbalizado para acompanhar a estrutura do sistema de justiça criminal – possibilita, assim, que o direito penal seja posto e como tal recebido e aceito perante a sociedade. No entanto, o que se fala não é o que realmente se quer.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 276-287, abr./jun., 1996.

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

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo. Ano 2, nº 5 , jan./mar.,1994.

_____. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução. Juarez Cirino do Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCrim, 2007

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito e política*. Instituto Nacional do Livro. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura,1962.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 (parte especial, v. 3).

_____. *Tratado de direito penal*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009 (parte geral, v. 1).

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: junho de 2009.

_____. *Código penal*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: junho de 2009.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: junho de 2009.

_____. Superior Tribunal Federal. HC nº 93.021/PE, relator Ministro Cezar Peluso. 31 de março de 2009. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

_____. Superior Tribunal Federal. HC nº 95749/PR, Ministro Eros Grau. 23 de setembro de 2008. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

_____. Superior Tribunal Federal. RHC nº 96545/SC, Ministro Ricardo Lewandowski. 16 de junho de 2009. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

_____. Superior Tribunal Federal. HC nº 97189/RS, Relatora Ministra. Ellen Grace. 9 de junho de 2009. Disponível em: <[http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APR nº 20060710260888, Relatora Ana Cantarino. 5 de março de 2009. Disponível em: <[http:// www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)>.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. APR nº 20000110438237, Relatora Aparecida Fernandes. 19 de novembro de 2008. Disponível em: <[http:// www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)>.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2005.

DORNELLES, João Ricardo. A ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos Seditiosos, Crime, direito e sociedade*, ano 7, nº 12, Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976

_____. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 11. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987a.

_____. Os crimes contra o patrimônio. *Revista Forense*, v. 83, n. 300, p. 3-9, out./dez., 1987b.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

GRUPO CANDANGO DE CRIMINOLOGIA (GCCRIM). Roubo e furto no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade. *Série: o que se pensa na Colina*, v. 4, Brasília, 2009.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Decreto-lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940. Vol.VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967 (arts. 155 a 196).

LOPES Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (Fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (arts. 121 a 234).

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICOC/Lumen Juris, 2008.

_____. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf> Acesso em: fev. 2009a.

_____. *Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal*. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf.>. Acesso em: fev. 2009b.

_____. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: fev. 2009c.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!:* sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. São Paulo: IBCCrim, ano 13, nº 53, mar./abr., 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

APÊNDICE A – Questionário aplicado a processos de furto

(cont.)

Bem furtado	<input type="checkbox"/> Acessórios de Veículo <input type="checkbox"/> Água/Energia <input type="checkbox"/> Veículo <input type="checkbox"/> Arma <input type="checkbox"/> Eletrodoméstico, mobiliário <input type="checkbox"/> dinheiro <input type="checkbox"/> Bens de uso pessoal <input type="checkbox"/> bicicleta <input type="checkbox"/> Mercadorias <input type="checkbox"/> impulsos telefônicos <input type="checkbox"/> Outros: _____		Valor do Bem: R\$ _____		
	Apreensão do Bem <input type="checkbox"/> Bem não saiu do local dos fatos <input type="checkbox"/> Bem apreendido em situação de perseguição <input type="checkbox"/> Bem apreendido no dia dos fatos sem perseguição <input type="checkbox"/> Bem apreendido depois dos dias dos fatos <input type="checkbox"/> Bem não apreendido				
Nº de vítimas	Bem foi restituído? <input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> parcial <input type="checkbox"/> não	Vítimas foram ouvidas em juízo? <input type="checkbox"/> como testemunha <input type="checkbox"/> na audiência de suspensão cond. processo <input type="checkbox"/> não foi ouvida		Quantas ouvidas?	
Prisão cautelar	<input type="checkbox"/> Não houve <input type="checkbox"/> Flagrante <input type="checkbox"/> Preventiva cumprida <input type="checkbox"/> Preventiva não cumprida		Data Prisão ____/____/____	Alvará Soltura? <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> N	Data Alvará ____/____/____
	Conclusão processo	<input type="checkbox"/> Pena Alternativa <input type="checkbox"/> suspensão cond. da pena <input type="checkbox"/> Reg. aberto <input type="checkbox"/> Suspensão cond. do processo <input type="checkbox"/> Transação penal <input type="checkbox"/> Multa isolada <input type="checkbox"/> semiaberto <input type="checkbox"/> fechado		Data sentença ____/____/____ Data Pub.acórdão ____/____/____	
Pena privativa	Anos	Meses	Dias	Multa	Houve recurso? <input type="checkbox"/> Não <input type="checkbox"/> Apelação <input type="checkbox"/> RESP <input type="checkbox"/> RE
Pena base acima mínimo? <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> N		Motivo para Acréscimo: <input type="checkbox"/> culpabilidade <input type="checkbox"/> antecedentes <input type="checkbox"/> conduta social <input type="checkbox"/> Personalidade <input type="checkbox"/> Motivos <input type="checkbox"/> circunstâncias e consequências do crime <input type="checkbox"/> comportamento vítima <input type="checkbox"/> juiz não fundamentou			
Converteu em alternativa? <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> N		Motivo para a não conversão: <input type="checkbox"/> pena acima 4 anos <input type="checkbox"/> reincidência <input type="checkbox"/> crime com violência <input type="checkbox"/> antecedentes <input type="checkbox"/> culpabilidade <input type="checkbox"/> conduta social <input type="checkbox"/> personalidade <input type="checkbox"/> motivos e circunstâncias do crime <input type="checkbox"/> juiz não fundamentou			
Se converteu em alternativa					
Pena/ medida	1 <input type="checkbox"/> Prest. Serv. comunidade		4 <input type="checkbox"/> comparecer em juízo		
	2 <input type="checkbox"/> Rep. Danos da vítima		5 <input type="checkbox"/> não ausentar da comarca, não frequentar lugares, não sair de casa até determinado horário		
	3 <input type="checkbox"/> Prestação Pecuniária		6 <input type="checkbox"/> Outras:		
Processo extinto por: <input type="checkbox"/> Pena cumprida <input type="checkbox"/> prescrição		Outra incidência durante o cumprimento? <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> N		Qual?	

APÊNDICE B – Questionário aplicado a folhas de antecedentes penais e contas de liquidação de réus

Nome do réu:

Nº do Réu

Nº do Réu:

Incidência Nº

Data do fato	Tipo:	Nº IP/DP	IP instaurado em
Processo de origem n º	Data da sentença:		Trânsito em julgado final

Resultado:

 Condenado Absolvido Extinto Arquivado em andamento

Tipo/ Regime de pena:

 Suspensão cond. Processo aberto fechado semi-aberto

Pena aplicada:

 ___anos ___meses
 ___dias

Execução iniciada em:

Execução não iniciada porque está cumprindo pena em outro processo?

 Não Sim

Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:	Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:
Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:	Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:
Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:	Réu preso em:	Réu () solto () foragido em:

Termino da pena em

Provável prescrição em:

APÊNDICE C – Roteiro para condução do grupo focal

Objetivo do grupo focal:

Coletar, a partir do diálogo e troca de experiências entre os participantes, informações referentes ao tema do estudo, promovendo a participação de todos, evitando a dispersão dos objetivos da discussão e a monopolização de alguns participantes sobre outros.

GRUPO VÍTIMAS

Instruções:

Agradecemos a presença de todos e terem concordado em participar da pesquisa, pois a contribuição de cada um será muito importante para aprimorar os instrumentos da justiça. Vocês precisam de mais informações sobre esta pesquisa? Vocês estão de acordo em participar? Porque se vocês não quiserem, ou se acharem que não devem não haverá nenhuma sanção sobre vocês. Se vocês estão de acordo, por favor assinem o termo de consentimento esclarecido. Para responder as perguntas da discussão em grupo vocês não precisam nos contar o fato do qual foram vítimas, nós queremos é conhecer seus sentimentos e sua opinião e avaliação sobre o papel da justiça.

Sendo assim... pense em vocês como vítimas de uma situação e o que isto representou para sua vida.

Apresentar as regras do grupo focal: Nós vamos conversar em grupo sobre a experiência de ser vítima em processo de roubo/furto. Nós queremos saber suas opiniões, seus sentimentos e sofrimentos. Vamos conversar por cerca de uma hora ou uma hora e meia. Cada um pode dar sua opinião do jeito que quiser. Porém temos que nos organizar para que não falemos todos ao mesmo tempo. Sendo assim, é importante um falar quando o outro acabar de falar. O coordenador da conversa fará as perguntas para facilitar a conversa.

1) O que teve de positivo e negativo na experiência de ser vítima de um processo de roubo e/ou furto?

2) As penas alternativas/pena de prisão podem oferecer oportunidade das vítimas serem justificadas? Por que?

APÊNDICE C – Roteiro para condução do grupo focal (cont.)

3) O que necessita mudar e o que deve permanecer na justiça das penas alternativas/pena de prisão?

4) O que vocês sentem quando se lembram do processo do qual foram vítimas? (Pedir que cada um traga pelo menos um sentimento e fale sobre ele)

5) O que acharam da decisão judicial? O que pensam do atendimento que a justiça deu a vocês em relação ao processo do qual foram vítimas?

7) O que acham da pena ou da medida alternativa de um modo geral? E da pena de prisão? E da pena recebida pelo réu?

GRUPO RÉUS

Instruções:

Agradecemos a presença de todos e terem concordado em participar da pesquisa, pois a contribuição de cada um será muito importante para aprimorar os instrumentos da justiça. Vocês precisam de mais informações sobre esta pesquisa? Vocês estão de acordo em participar? Porque se vocês não quiserem, ou se acharem que não devem não haverá nenhuma sanção sobre vocês. Se vocês estão de acordo, por favor assinem o termo de consentimento esclarecido. Para responder as perguntas da discussão em grupo vocês não precisam nos contar o processo no qual foram réus, nós queremos é conhecer seus sentimentos e sua opinião e avaliação sobre o papel da justiça e seus acertos e erros.

Sendo assim... pensem em vocês como réus de um processo e o que isto representou para sua vida.

Apresentar as regras do grupo focal: Nós vamos conversar em grupo sobre a experiência de ser réu em um processo de roubo/furto. Nós queremos saber suas opiniões, seus sentimentos e sofrimentos. Vamos conversar por cerca de uma hora ou uma hora e meia. Cada um pode dar sua opinião do jeito que quiser. Porém temos que nos organizar para que não falemos todos ao mesmo tempo. Sendo assim, é importante um falar quando o outro acabar de falar. O coordenador da conversa fará as perguntas para facilitar a conversa.

APÊNDICE C – Roteiro para condução do grupo focal (cont.)

1) Qual a aprendizagem que se pode ter da experiência de ser réu num processo de roubo e/ou furto?

2) As penas alternativas/pena de prisão podem oferecer alguma oportunidade de mudança para o réu?

3) Quais os aspectos positivos e/ou negativos do cumprimento das penas alternativas/pena de prisão?

4) O que vocês sentem quando se lembram do processo do qual foram réus? (Pedir que cada um traga pelo menos um sentimento e falem sobre ele)

5) O que acharam da decisão judicial? O que pensam do atendimento que a justiça deu a vocês em relação ao processo do qual foram réus?

6) O que acham da pena ou medida alternativa em geral? E da pena de prisão? E da pena que receberam?

APÊNDICE D – Instrumento de observação do grupo focal

Contexto de observação:

Descrição de como todos se sentavam, como reagiam, como se relacionavam entre si e com os coordenadores.

Reações à 1ª pergunta:

Descrever: as ideias preponderantes, as palavras utilizadas repetidamente, as frases mais importantes, as metáforas criadas, as imagens descritas, as reações perante os relatos de experiência pessoal, os silêncios, as reações perante as críticas, as reações à pesquisa. O que foi consenso ou não entre as opiniões dos participantes, quais sentimentos presentes. Descrever as observações não verbais.

Reações à 2ª pergunta: idem

Reações à 3ª pergunta: idem

APÊNDICE E – Roteiro para condução das entrevistas das vítimas

Instruções:

Agradecemos sua presença e ter concordado em participar da pesquisa, pois sua contribuição será muito importante para aprimorar os instrumentos da justiça. Você precisa de mais informações sobre esta pesquisa? Você está de acordo em participar? Porque se você não quiser, ou se achar que não deve não haverá nenhuma sanção sobre você. Pedir que assine o termo de consentimento esclarecido. Para responder as perguntas da entrevista você não precisa nos contar o fato do qual você foi vítima, nós queremos é conhecer seus sentimentos e sua opinião e avaliação sobre o papel da justiça.

Sendo assim... pense em você como vítima de uma situação e o que isto representou para sua vida.

Primeira parte:

- 1) Como se sente quando lembra da experiência?
- 2) Você acompanhou o processo? Qual sua opinião sobre a forma como o processo caminhou?
- 3) E sobre o tempo decorrido desde a queixa? Foi demorado ou você nem sentiu passar? Como você fez para enfrentar este tempo?
- 4) Você ficou satisfeito com o tratamento que recebeu do Juiz? E do promotor? E do advogado/defensor? E da polícia?
- 5) E sobre a decisão judicial? Você ficou satisfeita? Sim, não? Porque? Qual sua opinião sobre a forma como a justiça trata as vítimas de roubo/furto?
- 6) E sobre o réu? Teve contato com ele? Sabe o que se passou com ele? Você teve algum retorno da justiça sobre o que aconteceu com ele?
- 7) Qual o seu sentimento de ter sido feito justiça ou não? Como deveria terminar o processo?
- 8) O que você pensa sobre a aplicação da pena de prisão? É efetiva ou não? A quem a pena de prisão pode ajudar?
- 9) Você sabe o que é pena alternativa? O que você pensa sobre a aplicação da pena alternativa? É efetiva ou não? A quem a pena alternativa pode ajudar?

APÊNDICE E – Roteiro para condução das entrevistas das vítimas (cont.)

Segunda parte:

Complete as frases:

Com relação ao resultado do processo na justiça do qual fui vítima, eu.....

Sobre os direitos que possuo como vítima em um processo judicial, eu.....

Quando penso que a pessoa que me fez mal recebeu uma pena alternativa, eu

Quando penso que a pessoa que me fez mal recebeu uma pena de prisão, eu

APÊNDICE F – Roteiro para condução das entrevistas dos réus

Instruções:

Agradecemos sua presença e ter concordado em participar da pesquisa, pois sua contribuição será muito importante para aprimorar os instrumentos da justiça. Você precisa de mais informações sobre esta pesquisa? Você está de acordo em participar? Porque se você não quiser, ou se achar que não deve, não haverá nenhuma sanção sobre você. Pedir que assine o termo de consentimento esclarecido. Para responder as perguntas da entrevista você não precisa nos contar sobre o processo do qual você foi réu, nós queremos é conhecer seus sentimentos e sua opinião e avaliação sobre o papel da justiça.

Sendo assim... pense em você como réu em um processo na justiça e o que isto representou para sua vida.

Primeira parte:

1) Como se sente quando lembra da experiência de ter passado pela polícia e estar num processo judicial ?

2) Você recebeu informações sobre seu processo? Se sentiu bem informado sobre ele? Você entende o que aconteceu com seu processo? Ou achou muito difícil acompanhar as tramitações do processo dentro da justiça?

3) E sobre o tempo decorrido desde o início do processo? Sua percepção foi de demora ou de rapidez? Como você fez para enfrentar este tempo? Como ficou sua vida enquanto esperava a sentença? E quando saiu a sentença? Isto alterou sua vida?

4) E sobre a decisão judicial? Você ficou satisfeita? Sim, não? Porque? Qual sua opinião sobre a forma como a justiça trata as pessoas processadas por roubo/furto?

5) E sobre a vítima? Teve contato com ela? Sabe o que se passou com ela? Você teve algum retorno da justiça sobre o que aconteceu com ela? Gostaria de ter dito alguma coisa a ela? Ou ter, de alguma maneira, reparado o que fez?

6) Qual o seu sentimento de ter sido feito justiça ou não? Como deveria terminar o processo?

7) O que você pensa sobre a aplicação da pena alternativa? É efetiva ou não? A quem a pena alternativa pode ajudar? De que modo a pena alternativa pode ajudar?

8) O que você pensa sobre a aplicação da pena de prisão? É efetiva ou não? A quem a pena de prisão pode ajudar? De que modo a pena de prisão pode ajudar?

APÊNDICE F – Roteiro para condução das entrevistas dos réus (cont.)

Segunda parte:

Complete as frases:

Com relação à pena que recebi como réu, eu.....

Sobre os direitos que possuo como réu, eu.....

No meu caso, a pena alternativa/pena de prisão é

Quando penso no prejuízo que dei para a vítima, eu