

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ALEXEY CHOI CARUNCHO

MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO:
ENTRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E SUA ATUAÇÃO EXTRAPENAL
PREVENTIVA

PONTA GROSSA
2011

ALEXEY CHOI CARUNCHO

MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO:
ENTRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E SUA ATUAÇÃO EXTRAPENAL
PREVENTIVA

Dissertação apresentada como requisito à
obtenção do Título de Mestre no Programa de
Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas - Linha
de pesquisa: Estado, Direitos e Políticas Públicas -
do Setor de Ciências Sociais Aplicadas, na
Universidade Estadual de Ponta Grossa;

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

PONTA GROSSA
2011

Ficha Catalográfica Elaborada pelo Setor de Tratamento da Informação BICEN/UEPG

C329m Caruncho, Alexey Choi
Ministério Público Brasileiro : entre o exercício do controle social
e sua atuação extrapenal preventiva / Alexey Choi Caruncho. Ponta
Grossa, 2011.
167f.
Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas – Linha de
Pesquisa : Estado, Direitos e Políticas Públicas), Universidade
Estadual de Ponta Grossa.
Orientador: Prof. Dr . Paulo César Busato

I.Ministério Público. 2. Controle social. 3. Atuação penal e
extrapenal. I. Busato, Paulo César. II.T

CDD: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXEY CHOI CARUNCHO

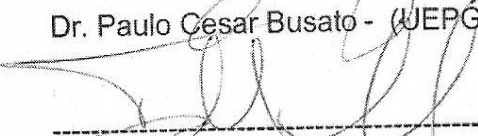
**"MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: ENTRE O
EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL E SUA ATUAÇÃO
EXTRAPENAL PREVENTIVA"**

Dissertação aprovada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-
Graduação em Ciências Sociais Aplicadas, Setor de
Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de
Ponta Grossa, pela seguinte banca examinadora:

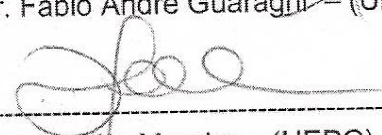
Assinatura pelos Membros da Banca:



Dr. Paulo Cesar Busato - (UEPG) – Presidente



Dr. Fabio Andre Guaragni – (UNICURITIBA)



Dra. Dircêla Moreira - (UEPG)

Dr. João Irineu de Resende Miranda – (UEPG)

Dra. Lucia Cortes da Costa - (UEPG)

Aos meus amados pais, **Jorge e Cejchua** pela luta e dedicação na minha criação, bem como pelo incentivo em fazer crer que sempre é possível.

À minha esposa, **Relaine**, pelo apoio, compreensão e amor despendido durante toda nossa história, minha “parceira” incondicional de cada oportunidade surgida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda sabedoria.

A meus pais, cujo amor, esforço e união sempre tenho como paradigmas a serem seguidos, fazendo com que me torne a pessoa quem sou.

À minha amada Relaine, que sempre esteve ao meu lado e sei que sempre estará independentemente das circunstâncias, fazendo parte da sua personalidade me incentivar a cada vez me tornar uma pessoa melhor.

Ao meu irmão Alexander, cuja espontaneidade faz com que o tenha sempre como um irmão caçula.

Ao meu querido Vô Choi, cuja história de vida certamente interferiu na minha personalidade e, hoje, sou quem sou também pela sua contínua e extraordinária força de vontade.

Ao meu professor e orientador Dr. Paulo César Busato, pela atenção e dedicação dispensadas, bem como por compreender as dificuldades da caminhada.

El crimen impune, según los griegos, infecta la ciudad. Pero la inocencia condenada y el castigo excesivo del crimen, a la larga, no la mancillarán menos.

(Albert Camus, Reflexiones sobre la guillotina)

CARUNCHO, Alexey Choi. **Ministério Público Brasileiro:** entre o exercício do controle social e sua atuação extrapenal preventiva. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2011.

RESUMO

Análise do enfrentamento do fenômeno criminal pelo Ministério Público brasileiro, órgão dotado de legitimidade constitucional que ainda busca um modelo de atuação adequado com o perfil traçado pela Constituição da República de 1988. Diagnóstico dos problemas e propostas de compatibilização da interpretação da atuação penal e da atuação extrapenal da instituição. Para tanto, parte-se de uma abordagem histórica ministerial, analisando-a a partir do perfil assumido ao longo das diversas épocas, seja no âmbito dos ordenamentos estrangeiros, seja no âmbito pátrio. Particularmente neste último aspecto, as fases colonial, imperial e republicana são apreciadas, vinculando-as ao perfil assumido pela instituição em cada momento. Realiza-se, ademais, uma digressão criminológica, buscando compreender as diversas formas de interpretação do fenômeno criminal, pois diretamente vinculado com a atividade do Ministério Público na sua atuação. O estudo do crime, neste sentido, é efetuado por meio de sua concepção etiológica, sua interpretação crítica e a própria corrente pós-crítica. A partir de então, inicia-se o enfrentamento da problemática inicialmente apresentada. Num primeiro momento, através da discussão afeta à atuação do Ministério Público como defensor do regime democrático e persecutor penal pelo ministério público brasileiro, indagando-se da possibilidade da existência de uma crise. Num segundo e último momento, apreciando-se a atuação extrapenal do Ministério Público brasileiro em prol de uma possível “transformação social”, mormente através da prevenção criminal. Não pretendendo apresentar respostas finais, o estudo buscará contribuir para a discussão que envolve tanto o papel exercido pelo Ministério Público brasileiro como um dos agentes responsáveis pelo controle social formal, quanto o desconhecimento de premissas básicas para, ao menos iniciar, a compreensão do que seria e quais seriam os limites dessa função ministerial de suposto agente transformador.

Palavras chave: Ministério Público; controle social; atuação penal e extrapenal.

CARUNCHO, Alexey Choi. Brazilian Public Ministry: between the exercise of social control and its preventive extrapenal acting. Master Thesis in Applied Social Sciences at the State University of Ponta Grossa. Ponta Grossa, 2011.

ABSTRACT

Analysis of the criminal phenomenon fighting by Brazilian Public Ministry, body endowed with constitutional legitimacy that is still seeking a suitable role model with the profile designed by the Republic Constitution of 1988. Diagnosis of the problems and proposals for reconciling the interpretation of penal activity and the extrapenal activity of the institution. To this end, it starts a ministerial historical approach, analyzing it from the profile assumed along of the several periods, whether being under foreign jurisdiction field or the native one. Particularly in this latter regard, the colonial, imperial and republican phases are appreciated, linking them to the profile assumed by the institution at any time. It is held, moreover, a criminological digression, seeking to understand the several ways of the criminal phenomenon interpretation, as directly linked with the activity of the Public Ministry in its work. The study of crime, in this sense, is effected by means of its etiological conception, its critical interpretation and the own post-critical current. Since then, it starts facing the issue initially presented. At first, through the discussion devoted to the actions of the Public Ministry as an advocate of the democratic regime and penal persecutor by the Brazilian Public Ministry, raising questions of the possibility of a crisis existence. In the second and last moment, considering the extrapenal acting of the Brazilian Public Ministry in favor of a possible "social transformation", especially through criminal prevention. I don't intend to provide final answers, the study will seek to contribute to the discussion involving both the role played by the Brazilian Public Ministry as one of the agents responsible for formal social control, as the lack of basic assumptions to even begin the understanding of what it would be and what the limits of this ministerial function would be as supposed transforming agent.

Key words: Public Ministry; social control, penal and extrapenal acting.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	9
BREVES ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	16
CAPÍTULO 1 - UM NOVO PERFIL DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO DIANTE DO FENÔMENO CRIMINAL.....	20
1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: DA EXCLUSIVA REPRESSÃO À POTENCIAL PREVENÇÃO CRIMINAL.....	20
1.1.1 Ministério Público: o ontem, o hoje e seu constante atrelamento ao sistema criminal.....	21
1.1.2 Evolução do Ministério Público sob uma perspectiva histórica nacional: justificativas para o surgimento do novo perfil em <i>terrae brasiliis</i>	30
1.1.2.1 Fase Colonial.....	33
1.1.2.2 Fase Imperial.....	35
1.1.2.3 Fase Republicana.....	37
1.2 UM NOVO PERFIL NORMATIVO PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO CRIMINAL.....	42
CAPÍTULO 2 - O CRIME COMO FENÔMENO SOCIAL.....	54
2.1 O CRIME E O CRIMINOSO.....	60
2.2 O CRIME E O MEIO.....	67
2.2.1 Modelos sociológicos da socialização deficiente.....	70
2.2.2 Modelos sociológicos da estrutura social defeituosa.....	77
2.3 O CRIME E O SISTEMA PUNITIVO.....	82
2.3.1 A cifra negra e o enfoque do etiquetamento.....	92
2.3.2 Os processos de criminalização das agências de controle social formal.....	103
2.4 O CRIME E A CIDADE.....	118
CAPÍTULO 3 - CRISE NO MODELO MINISTERIAL BRASILEIRO DE ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO CRIMINAL.....	128
3.1 A ATUAÇÃO DE DEFENSOR DO REGIME DEMOCRÁTICO E PERSECUTOR PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: É POSSÍVEL REFERIR-SE A UMA CRISE?.....	129
3.2 A ATUAÇÃO EXTRAPENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO EM PROL DE UMA “TRANSFORMAÇÃO SOCIAL” ATRAVÉS DA PREVENÇÃO CRIMINAL: O INÍCIO DA CAMINHADA	145
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	157
REFERÊNCIAS.....	158

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É hoje dominante a convicção de que a preservação da sociedade civilizada não pode prescindir de um sistema criminal que, tendo em seu núcleo o direito penal¹, acaba sendo visto como “mecanismo de preservação da ordem social”², que busca evitar a violência³ e sem o qual “o caos e a própria destruição do sistema seriam as consequências inevitáveis”⁴. É da essência de todo e qualquer sistema criminal, porém, intervir tão somente após a ocorrência do fato tido como delituoso.

Como consequência, é bastante previsível identificar que os estudos que se debruçam sobre o papel exercido pelos agentes estatais que laboram nesta seara, invariavelmente, procurem investigar a atuação realizada pelos mesmos com o fato já ocorrido, especialmente sob um viés disciplinar⁵.

Afinal, sendo a persecução criminal, na sua origem, o instrumento através do qual se vale o Estado para a aplicação da sanção penal, natural que o estudo do papel exercido por esses agentes seja um estudo das atribuições afetas a cada um deles no curso da persecução.

¹ Não se ignora que as expressões “direito penal”, “direito criminal”, “sistema penal” e “sistema criminal” apresentam diferenciação de conceituação. Na doutrina nacional, válida, neste particular, as observações e esclarecimentos efetuados por BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, em especial os parágrafos 2º do capítulo 1 e 5º do capítulo 2). No curso desta pesquisa se utilizará as expressões *direito penal* e *sistema criminal* haja vista a maior precisão das mesmas, conforme referido na obra em questão (*Ibidem*, p. 24-26 e 43-49).

² BUSATO, Paulo César *et* HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

³ A concepção de que o uso do direito penal buscará “evitar a violência” deve ser vista com grandes reservas, conforme bem ressalta MUÑOZ CONDE: “hablar del derecho penal es hablar, de un modo u outro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal e control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 16).

⁴ BUSATO, Paulo César *et* HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

⁵ Neste sentido, BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 2010. Especificamente no que diz respeito à atividade da polícia judiciária, CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2006. No tocante à atividade judicial, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 2003.

Sem embargo da relevância das discussões que essa atuação possa gerar⁶, para os fins do presente, interessará abordagem de outra natureza.

Com o foco em uma análise interdisciplinar, interessará abordar a influência que esta atuação vem sofrendo pela conjuntura social em que incide, bem como identificar a transformação pela qual referida atuação vem passando. Ou seja, interessará aferir até que ponto a atuação relacionada ao fenômeno criminal vem sendo influenciada, positiva ou negativamente, pela realidade de seu entorno.

Ao menos sob o foco de certos agentes estatais, acredita-se que uma abordagem desta natureza poderá implicar em estudo ainda pouco explorado.

Advirta-se, contudo, que, longe de se estudar a atuação realizada por cada agente estatal envolvido na perseguição, para este trabalho, só interessará aquela efetuada por um deles, no caso, o Ministério Público⁷.

Repise-se não se pretender uma análise de cunho eminentemente disciplinar da atuação do Ministério Público no tocante ao enfrentamento do fenômeno criminal. Em absoluto.

Identificando-o como um dos agentes responsáveis pelo controle social – conforme expressão usada pela criminologia que, a seu tempo, será melhor enfrentada⁸ –, o que se pretende é aferir até que ponto o modelo ministerial estaria

⁶ Na doutrina nacional, em relação ao Ministério Público, especial atenção merecem LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Perseguição Criminal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público - visão crítica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷ Propositadamente, se evitará aqui a adjetivação *criminal* ou *social* bastante corriqueira em articulistas pátrios para referir-se ao Ministério Público (cf. CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público**. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010).

⁸ Ressalta-se, desde já, não se desconhecer a dificuldade da conceituação da expressão *controle social*, inclusive no âmbito sociológico (cf. BARBATO JR., José. Direito, sociologia e ficção: O controle social e os comportamentos desviantes. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 14, 2004, p. 170-183). Tanto que, de forma indireta, há quem visualize essa conceituação desde os clássicos da filosofia política. Neste particular, Rodrigo Ghiringuelli de Azevedo e Tiago Cardoso informam que há referência, “[...] por exemplo, na teoria do Estado de Hobbes, entendido como a limitação do agir individual na sociedade” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli; CARDOSO, Tiago. *Criminalização e controle social*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuízo, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPPAL, 2010, p. 113-141). Ciente dos limites desta pesquisa, ter-se-á como presente a conceituação dada por GARCIA-PABLOS DE MOLINA, ao compreender o *controle social* como sendo o “conjunto de instituições estratégicas e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários”, que se classifica em *controle social informal* (o qual tem como agente a família, a escola, a profissão, a opinião pública, a religião entre outras) e *formal*, cujos agentes são a polícia, a justiça, a administração penitenciária, o Ministério Público

apresentando distorções que, potencialmente, o deslegitimam perante a sociedade atual.

Se por um lado o tema ingressa na atuação penal exercida pelo Ministério Público, por outro descortina uma atuação extrapenal que, tem-se como hipótese, ao menos no cenário brasileiro, pode servir aos propósitos de enfrentamento do fenômeno criminal, especialmente de modo a fortalecer o caráter subsidiário da atuação penal.

Sabe-se que a tarefa apresenta diversos percalços, a começar pela própria identificação da expressão “Ministério Público”, a qual não possui um significado unívoco. De modo geral, os termos “ministério” e “público” vinculam-se a inúmeras outras entidades que, invariavelmente, pouco possuem de ligação à instituição ministerial propriamente dita. Mesmo após uma análise em ordenamentos estrangeiros não se depara com menor equivocidade⁹.

Neste particular, ganha contornos caóticos perceber que, especificamente dentro do nosso país, “ministério” é termo predominantemente subordinado à estrutura estatal executiva (v.g. Ministérios da Educação, da Fazenda, da Saúde, etc.), muito embora em seu sentido técnico possa, até mesmo, alcançar a seara religiosa¹⁰; “público”, igualmente, perante o senso comum é algo quase sempre atrelado ao ente administrativo, mas que, de forma *lata*, pode inclusive receber significado vinculado à sociedade¹¹.

Mesmo quando se consideram os termos referidos de forma conjunta, a expressão persiste ensejando uma interpretação por vezes equivocada. Enfrentando a etimologia da expressão, esclarece Emerson Garcia que:

[...] o substantivo ministério deriva do latim *ministerium*, *minister*, indicando ofício de servo, função servil ou somente ofício, mister, cuidado, ocupação ou trabalho. O adjetivo que o acompanha, por sua vez, pode ser analisado sob um aspecto subjetivo, denotando a idéia de instituição estatal, ou objetivo, no sentido de interesse geral ou social.¹²

entre outros (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133-134).

⁹ Cf. FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

¹⁰ “(...) Ministério do altar: o sacerdócio. Ministério do púlpito: o exercício da oratória sagrada” (MICHAELIS. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 850).

¹¹ Embora voltada a um estudo da dicotomia público/privado, é válida a referência a obra de BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e terra, 2010, especialmente Capítulo I.

¹² “Segundo Gabriel de Rezende Filho, a origem da expressão estaria associada à terminação *ter*, de *minister*, que indica comparação ou graduação. Por tal razão, enquanto *magister*, que é uma

Não por outra razão que, fora do âmbito jurídico, seja comum desconhecer-se no que o Ministério Público consiste, para quê serve e quem realmente seriam seus integrantes¹³. Seriam eles eleitos?¹⁴ Pertenceriam aos quadros e à carreira do Poder Judiciário?¹⁵ Estariam funcionalmente submetidos aos comandos do Poder Executivo?¹⁶

derivação do comparativo de superioridade latino *magis quam* (maior que), significa o maior, o líder, o guia, daí derivando o vocábulo magistrado, *minister*, por derivar de *minus quam* (menor que), significaria, em oposição, o menor, o que serve alguém ou o servidor de alguma causa: ministros do rei, ministros da fé etc.” (GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6-7). No mesmo sentido SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30-31. Lastreado nas lições de Mario Vellani, porém, adverte este último autor existir quem entenda que a expressão teria surgido “quase inadvertidamente na prática, quando seus agentes, procuradores e advogados do rei, *les gens du roi*, se referiam, eles próprios, ao seu *mister* ou *ministère*, qualificando-o naturalmente com o adjetivo *public*. A partir do segundo quartel do século XVIII, por volta de 1730 a 1736, a expressão passou a figurar em documentos do Estado francês, inicialmente, conforme afirma Vellani, em correspondência oficial, passando posteriormente a aparecer em textos de ordenações e editos, a partir de 1765. (...) no Brasil, o primeiro texto legal a usar a expressão teria sido o Regimento das Relações do Império, de 2 de maio de 1847, em seu artigo 18”.

¹³ Não por outra razão que, já no prólogo da obra de Ignácio Flores Prada, Victor Moreno Cateña advirta que “la figura del Ministerio Fiscal es, del conjunto de órganos que operan en el ámbito de la Administración de Justicia, una de las más controvertidas precisamente por la falta de una clara definición de su posición institucional en la estructura del Estado.” (FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 15).

¹⁴ Infoma SAUWEN FILHO que: “no que respeita à organização, estrutura funcional e preenchimento de cargos, o Ministério Público norte-americano ostenta uma estrutura eminentemente política”. Ademais, embora haja algumas variações em relação à investidura no sistema federal ou estadual, conclui que “apenas nos Estados de New Jersey, Alaska, Delaware, Rhode Island e Connecticut, o *District Attorney* local não é escolhido pelos cidadãos em eleições livres. Assim é que no Alaska, em Delaware e Rhode Island, a indicação é prerrogativa do *Attorney General* do Estado; em New Jersey, a nomeação compete ao Governador e, em Connecticut, a escolha cabe a um órgão judiciário” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60).

¹⁵ Fazendo referência ao artigo 107 da Carta Constitucional italiana, SAUWEN FILHO ressalta que, na Itália, “o Ministério Público não se estrutura como serviço ou como Magistratura autônoma, mas simplesmente como uma *função* definida de uma Magistratura comum. (...) Assim, os Magistrados italianos, organizados em uma única carreira institucional, exercem, dentro do mesmo Poder, atribuições judicantes ou atribuições tradicionalmente inseridas na área de abrangência dos órgãos do Ministério Público” (DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 447). Especificamente no tocante à análise dos diversos tipos de acusador público na Europa, Parte II, Capítulo I, da mesma obra.

¹⁶ Exemplo a ser citado, aqui, é o Ministério Público alemão que, no que diz respeito à obediência das determinações, “esta obrigado a obedecer às diretivas expedidas pelo Ministro da Justiça, seja em termos gerais, de caráter positivo ou negativo, seja via instruções num caso determinado, que não requerem maiores formalidades” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 83-84). Uma explicação para esta última indagação é trazida por FLORES PRADA: “Esta indefinición está em gran parte justificada porque el Estado liberal de Derecho producto de la Revolución Francesa mantuvo un Ministerio Fiscal dependiente del Poder Ejecutivo, una posición institucional perfectamente explicable en el Antiguo Régimen, e incluso en el marco del Estado napoleónico, pero que a la postre había de resultar incoherente con los principios inspiradores del nuevo modelo de Estado” (FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 22).

São perguntas que, embora no âmbito brasileiro apresentem respostas mais bem delineadas – notadamente por força do desenho normativo trazido pela Constituição (artigos 127 e seguintes) –, certamente serve para demonstrar a relevância de ter-se como objeto de estudo uma das facetas desta instituição¹⁷.

Especialmente em nosso país, onde pesquisa de opinião levada a cabo no ano de 2004, por meio de um critério de amostragem, identificou que 43% do público-alvo pesquisado só conhecia o Ministério Público de “ouvir falar” e apenas ínfimos 6% dos entrevistados afirmaram o “conhecer bem”¹⁸.

Ilustrativo, ainda – e determinante na escolha de alguns recortes do estudo – ter tal pesquisa aferido que a pequena face conhecida da instituição brasileira referia-se, quase que exclusivamente, à sua atuação criminal, retratando a concepção generalizada de que a atividade ministerial se limitaria à figura do Estado-acusador¹⁹.

Daí a relevância da pesquisa no que diz respeito ao papel exercido pelo Ministério Público no enfrentamento do fenômeno criminal.

De fato, tradicionalmente figurando como um dos agentes responsáveis pelo controle social, ao Ministério Público brasileiro foi entregue pelo Constituinte de 1988 a relevante função de defensor do regime democrático, atribuição que incrementou a legitimidade institucional afeta à proteção de direitos fundamentais, mormente aqueles de cunho social.

O que passa a existir a partir de então é uma possibilidade cada vez maior de atuações de cunho extrapenais que, se precisamente exercidas e bem delineadas, podem se mostrar aptas para contribuir no enfrentamento do fenômeno criminal, quiçá, evitando a necessidade de atuação penal.

¹⁷ A relevância do estudo do Ministério Público foi bem destacada por MARTÍNEZ DALMAU ao afirmar que “pocas dudas caben acerca de la importancia constitucional del Ministerio Fiscal, un órgano que, al tiempo que colabora a la realización de la justicia desde la misma aparición del sistema acusatorio, en muchos países sirve para la implementación de políticas públicas” (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 21).

¹⁸ Este trabalho “envolveu duas mil entrevistas, realizadas em cento e quarenta e cinco municípios das cinco regiões do país, apresentando intervalo de confiança estimado em 95% e margem de erro máxima de 2,2 pontos percentuais para mais ou para menos sobre os resultados encontrados no total da amostra” (CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p. vii e 64).

¹⁹ CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p. 79. Na oportunidade, indagado o público-alvo a respeito do conhecimento de

Atuações extrapenais estas que, invariavelmente, vêm sendo vistas como portadoras de um potencial de *transformação social*, conforme expressão em voga²⁰.

Assim, ao tempo em que passa a se afirmar que o perfil de atuação penal também do Ministério Público demonstra sinais de desgaste, quiçá deslegitimação, concomitantemente, começa a servir de discurso o da existência de uma instituição indutora de transformação social, sem que se consiga precisar ao certo até onde vai referida expressão.

Logo, qualquer abordagem que pretenda ser feita em relação à instituição brasileira haverá de levar em conta este cenário de falsas percepções.

Isto é, haverá de ter presente que, se até mesmo a tradicional atuação penal efetivada pelo Ministério Público vem demandando (re)análise²¹, essa atuação extrapenal que a instituição, então de forma inédita²², passou a exercer, é território que não apresenta respostas definitivas e encontra-se em franca descoberta.

Enfim, longe de se pretender apresentar respostas finais, o estudo buscará contribuir para a discussão que envolve tanto o papel exercido pelo Ministério Público brasileiro como um dos agentes responsáveis pelo controle social formal,

“casos em que o Ministério Público atuou”, a quase unanimidade das respostas apresentadas estava vinculada a atuações de natureza criminal.

²⁰ A análise do Ministério Público como “agente de transformação social” é enfrentada por JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹ Embora fuja aos limites da pesquisa uma análise sobre todos os aspectos desta atuação, não é demais ressaltar desde já que a modificação de perfil ministerial no *âmbito criminal* foi muito mais profunda do que por vezes se faz crer. Se anteriormente a instituição podia ser vista com o órgão eminentemente *de acusação*, a partir da Constituição há de ser reconhecida como órgão *legitimado à acusação* e, principalmente, como órgão *legitimado à defesa da ordem pública e dos interesses indisponíveis*, sejam eles individuais ou coletivos. Não por outra razão adverte João Gualberto Garcez Ramos que, diferentemente do que se dera com o desenho constitucional das atribuições extracriminais afetas ao Ministério Público brasileiro, é na seara criminal que repousa um vácuo normativo que, por vezes, faz com que alguns membros ministeriais ignorem a mutação a que se referia (RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. **Justitia**. São Paulo, v. 63, abr./jun. 2001).

²² Uma justificativa para que nos países europeus, como regra, não exista uma instituição ministerial similar à pátria é apresentada por SAUWEN FILHO em relação à Alemanha, mas que é perfeitamente aplicável em outras localidades: “num país que exercita uma moderna democracia social, lastreada nos princípios do estado da subsidiariedade e do escrupuloso respeito aos direitos individuais do cidadão, onde a democracia é procurada de forma ampla, com a cidadania plena e exercida pessoalmente pelos cidadãos ou através de comunidades primitivas a quem o ordenamento oferece mecanismos e garante a sua utilização no esforço da realização social, não há espaço para um *Parquet* providencialista, substituindo-se o cidadão na defesa de seus direitos privadas, com a exclusão da legitimidade destes para a defesa de seus direitos privados, com a exclusão da legitimidade destes para a defesa de seus interesses, ou atuando fora de seu campo precípua que é, sem dúvida alguma, o da repressão à criminalidade (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 72).

quanto o desconhecimento de premissas básicas para, ao menos iniciar, a compreensão do que seria e quais seriam os limites dessa função ministerial de suposto agente transformador da realidade social.

BREVES ASPECTOS METODOLÓGICOS

Diante das inúmeras formas de se pensar o Ministério Público e das variadas possibilidades de sua apresentação e análise, o presente trabalho procurou atentar para alguns aspectos que desde já devem ser ressaltados.

Num primeiro momento, atentou-se para a imprescindibilidade da realização de uma abordagem *interdisciplinar* da instituição^{23,24}. Tal escolha pautou-se pelo reconhecimento das limitações endógenas de cada área do saber quando isoladamente considerada²⁵.

Como decorrência desta forma de abordagem, teve-se como presente que o estudo haveria de ser feito atento à conjuntura da sociedade atual, isto é, desta *sociedade pós-moderna de consumo*, na expressão de Zygmunt Bauman²⁶, cuja definição, sabe-se, esta longe de ser unívoca, não se podendo precisar até que ponto ainda seria legítimo o uso indiscriminado de expressões como *sociedade civil*, *cidadania*, *soberania*, *Estado*, dentre tantas outras perante a ordem global em vigor²⁷.

²³ A necessária interdisciplinariedade do estudo sobre a questão criminal é ressaltada por ANITUA ao advertir que “esta trans, pluri ou interdisciplinariedade é levada a cabo quando um complexo integrado de disciplinas acadêmicas discorre sobre o objeto ‘questão criminal’, e cria um novo discurso que seleciona e organiza resultados provenientes de outras disciplinas acadêmicas, mas, ao mesmo tempo, mantém a autonomia estratégica e a hegemonia do discurso específica em relação àquelas” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 19). Merece menção, ainda, MUNHOZ, Divanir Eulália Naréssi. Da multi à interdisciplinariedade: A sabedoria do percurso. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 18, 2005, p. 65-70.

²⁴ Os riscos e dificuldades de uma abordagem interdisciplinar – principalmente quando relacionada às ciências criminais e às instituições a elas afetas (*agências de controle social formal*) - foram alertados por CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1ª parte, Título I, Item 9, oportunidade em que se destaca a confusão, não raras vezes, vista entre interdisciplinaridade e auxiliaridade nas ciências.

²⁵ Especificamente em relação às limitações do Direito, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5-6.

²⁶ Muito embora o autor seja mais lembrado pela referência à *liquidez* da sociedade, a expressão *sociedade pós-moderna de consumo* é da obra *Globalização*, na qual ressalta o autor que, por “sociedade de consumo, temos em mente algo mais que a observação trivial de que todos os membros dessa sociedade consomem. (...) O que temos em mente é que a nossa é uma ‘sociedade de consumo’ no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma ‘sociedade de produtores’” (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização. As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999, p. 87-88).

²⁷ Sem embargo de futuras observações pontuais, citam-se desde logo as obras de: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 16ª reimp. São Paulo: Paz e terra, 2010; FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

Ora, sabendo-se o quão vinculada a estrutura orgânica do Ministério Público está ao sistema político estatal²⁸, fundamental não se ignorar o contexto no qual a instituição se vê envolvida.

Fixada essa baliza inicial, identificou-se que alguns recortes (*espacial, temporal e funcional*) haveriam de ser feitos, inclusive com a precisa delimitação e justificação dos mesmos, sob pena de se colocar em risco a legitimidade do estudo pretendido.

Assim, um primeiro recorte foi o de natureza **espacial**, já que o trabalho teve como limite territorial o *âmbito da instituição brasileira*, aí compreendidos os ramos do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados²⁹. Tal opção, porém, não impediu que, quando pertinente, se recorresse à análise de referenciais bibliográficos alienígenas, mas sempre com a cautela de serem respeitadas as peculiaridades locais eventualmente incidentes³⁰.

Esclareça-se, desde logo, que este recorte se deu por ser o Ministério Público brasileiro invariavelmente reconhecido como uma entidade peculiar quando

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Impero: il nuovo ordine della globalizzazione** Milano: Rizzoli, 2001; HÖFFE, Otfried. **Ciudadano economico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalizacion**. Trad. Carlos Díaz Rocca. Buenos Aires: Katz, 2007; HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Titio Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins fontes, 2005.

²⁸ A referência de abordagem neste sentido é a obra de FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

²⁹ Dispõe o artigo 128 da Constituição da República de 1988 que o Ministério Público brasileiro abrange "I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados". Embora nesta estrutura institucional não se faça referência ao **Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas**, seu artigo 130 menciona o que poderia ser um terceiro ramo ministerial. Explica, porém, SAUWEN FILHO que "embora previsto como instituição própria e carreira distinta durante os trabalhos da Constituinte, chegando a merecer uma alínea próprio no inciso I do Art. 128 do texto promulgado, e que seria a alínea e, o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas veio a ser suprimido da redação final do Texto Maior, em razão do Ato Declaratório nº D 1.144, do Constituinte Ibsen Pinheiro, emenda nº 2t00452. Desta forma, retirada a alínea e que previa o reconhecimento de um Ministério Público autônomo junto aos Tribunais de Contas, suprimido deveria ter sido, igualmente, o Art. 130, pois é inadmissível que o texto da Constituição estendendo aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas as disposições da seção referente a direitos, vedações e forma de investidura próprias dos demais *Parquets* não disciplinasse as suas funções" (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 216).

³⁰ Ressalta MARTÍNEZ DALMAU que "las enseñanzas de derecho comparado son siempre útiles, tanto para aprender cómo em otros lugares han sido solucionados problemas que aparecen en nuestro espacio, como para entender nuestra figura de manera más completa" (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 24).

confrontada com as suas co-irmãs do direito comparado³¹. Aliás, é justamente esta peculiaridade que fez com que a instituição pudesse se aproximar de forma diferenciada do corpo social, de modo muito mais perceptível do que ocorre no direito estrangeiro, circunstância que muito interessou à pesquisa.

No tocante ao aspecto **funcional**, igualmente foi preciso um novo recorte. Optou-se pela realização de uma análise voltada à atuação do Ministério Público afeta ao fenômeno criminal, seja no que diz respeito a sua atuação penal propriamente diata, seja no tocante à extrapenal³².

Fez parte do trabalho, ainda, o estudo do *fenômeno criminal*, o que gerou pesquisas e reflexões acerca das diversas concepções criminológicas. Sempre, porém, condicionando-as ao impacto que possuíram no papel exercido pelas agências de controle social, dentre as quais, como dito, o Ministério Público se encontra.

Advirta-se desde já, contudo, que essas reflexões relacionadas à criminologia longe estão de representar produto de uma análise exauriente, seja por força do escopo interdisciplinar pretendido, seja pelo conhecimento do momento presente da ciência penal, em que cada vez mais vêm sendo confrontados conceitos que pareciam há muito arraigados e que se apresentavam como imutáveis³³.

Assim, coadunando-se com o entendimento de que qualquer estudo relacionado ao fenômeno criminal deve “renunciar aos ensinamentos puramente jurídicos”³⁴, e isto até pela circunstância de ser tal fenômeno “parte e reflexo de um

³¹ A peculiaridade das atribuições funcionais do Ministério Público brasileiro já foram ressaltadas por Luigi Ferrajoli (CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, XVIII., 26.nov.2009, Florianópolis. **Funções de governo e funções de garantia: uma comparação entre as experiências européia e latino-americanas**. Florianópolis: CONAMP).

³² ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-59; ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – Revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro (Ibidem, p. 93-119)

³³ Neste sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Outro exemplo a ser lembrado diz respeito à responsabilização penal da pessoa jurídica, tendência normativa cada vez mais presente no território europeu. Na doutrina estrangeira, uma referência inicial às reformas legislativas que redundaram na promulgação de dispositivos que estabelecem expressamente à viabilidade da imputação em questão é QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte General del Derecho Penal**. 4.ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 25.

contexto social muito mais amplo”³⁵, concordando ainda que “as mudanças no direito penal são decorrência de mudanças nas situações política, econômica e social que o condiciona”³⁶, partiu-se da premissa de que só seria possível compreender as atuações penais e extrapenais ministeriais se minimamente estudado o fenômeno criminal em si.

Finalmente, um terceiro recorte necessário foi o **temporal**, pois ganhou especial relevância para a pesquisa as atribuições assumidas pelo Ministério Público brasileiro nas *últimas três décadas*, isto é, a partir da assunção de um perfil institucional que só restou positivado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁷.

Acredita-se ter sido pertinente tal recorte na medida em que foi a partir de então que surgiu o dever de a instituição realizar uma necessária aproximação com a sociedade, aspecto que potencializou a possibilidade de identificação de uma premissa básica a lastrear inclusive as atuações afetas ao fenômeno criminal.

De qualquer forma, sem embargo de tal recorte, não se abdicou de uma análise **histórico-temporal**, até para que se pudesse compreender a conjuntura na qual foi inaugurado este perfil diferenciado de Ministério Público que tem curso. Tal abordagem, porém, foi feita com absoluta atenção ao objeto pesquisado. Fazendo-o predominantemente em relação às funções de agente de controle social e do caráter subsidiário que estas assumem diante de certas atuações ministeriais extrapenais que venham a contribuir com o enfrentamento do fenômeno criminal.

Por fim, explicitados tais recortes, importa ressaltar que, ao longo da exposição, sempre que pertinente, procurou-se realizar esclarecimentos conceituais, com vistas a evitar equívocos interpretativos, bem como demonstrar a postura assumida em relação a certos termos científicos utilizados no curso do trabalho. E isto seja por força das peculiaridades terminológicas que um conceito pode assumir em uma dada área do conhecimento³⁸, seja para evitar grandes digressões disciplinares, aptas a colocar em risco o foco central do estudo.

³⁵ *Ibidem*, p. 25.

³⁶ *Loc cit.*

³⁷ Muito embora sejam bastante comum as referências à Constituição de 1988 como um “divisor de águas” para o perfil do Ministério Público brasileiro (cf. neste sentido o próprio subtítulo da obra CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), tal posição deve ser aceita com reservas (cf. Cap. 1, *infra*).

³⁸ Neste particular, vale o alerta de HOBBS sobre a importância dos conceitos e definições: “(...) se vê como é necessário a qualquer pessoa que aspire a um conhecimento verdadeiro examinar as

CAPÍTULO 1

UM NOVO PERFIL DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO DIANTE DO FENÔMENO CRIMINAL

1.1 MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: DA EXCLUSIVA REPRESSÃO À POTENCIAL PREVENÇÃO CRIMINAL

É fundamental que uma análise evolutiva esteja sempre vinculada ao objeto principal da pesquisa que se propõe, sob pena de divagar-se a respeito de todos os meandros históricos que por si só poderiam representar uma pesquisa independente. Deve, portanto, a história servir de base interpretativa para a situação em estudo no presente³⁹.

Partindo desta premissa, para os fins aqui propostos interessará a evolução do Ministério Público principalmente no que diz respeito a sua vinculação ao fenômeno criminal. Até porque, tal qual referido, desde a sua origem, a instituição sempre teve suas atribuições atreladas à seara criminal⁴⁰.

No entanto, embora essa atribuição criminal ainda possa ser tida como um *emblema* ministerial – e até por isto a análise evolutiva partirá dela –, será importante identificar em que momento e por que motivo, particularmente no âmbito

definições dos primeiros autores, ou para corrigi-las, quando tiverem sido estabelecidas de maneira negligente, ou para apresentar as suas próprias. (...) na correta definição de nomes reside o primeiro uso da linguagem, o qual consiste na aquisição de ciência; e na incorreta definição, ou na ausência de definições, reside o primeiro abuso, do qual resultam todas as doutrinas falsas e destituídas de sentido; o que torna aqueles homens que tiram sua instrução da autoridade dos livros, e não de sua própria meditação, tão inferiores à condição dos ignorantes, quanto são superiores a estes os homens revestidos de uma verdadeira ciência. Pois entre a verdadeira ciência e as doutrinas errôneas situa-se a ignorância” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, Primeira Parte, Cap. IV).

³⁹ “O passado é importante não para se voltar a ele, o que já se demonstrou impossível, mas sim para saber o que se pode fazer no presente para articular um pouco melhor no sempre imprevisível futuro” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.17-18).

⁴⁰ Cabe aqui, desde logo, esclarecer existir quem entenda que a origem do Ministério Público não estaria vinculada às atribuições criminais, já que sua função ativa no processo penal só teria passado a existir a partir do *Code d'Instruction Criminelle*, no Século XIX. Partindo de paradigmas diversos da presente pesquisa e amparado nas lições de CORDERO, ressalta João Gualberto Garcez Ramos que “desde sua criação, no Século XIV, até o Século XIX, o Ministério Público francês não possuiu qualquer função ativa no processo penal. Sua atuação era meramente formal; ainda fiscalizatória” (RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. **Justitia**. São Paulo, v. 63, abr./jun. 2001, p. 55).

pátrio, houve um incremento das funções afetas ao Ministério Público, fazendo com que a instituição mantivesse essas atribuições tradicionais, mas a elas se somassem outras, cujo exercício tem, ao menos de forma potencial, um viés preventivo-criminal também através de uma atribuição extrapenal.

1.1.1 Ministério Público: o ontem, o hoje e seu constante atrelamento ao sistema criminal

É prudente recordar que a busca de um antecedente histórico sempre deve ter o cuidado de identificar a qual instituição se almeja a origem, diferenciando assim as que se aproximariam da atual tão-só de maneira remota daquelas cujo perfil de fato representa a sua gênese.

Assim, se por um lado, para fins de pesquisa evolutiva, apresenta menor relevo a nomenclatura que foi assumida por um agente estatal, bem como a terminologia cunhada a uma dada atividade, por outro é de grande importância identificar algumas *características mínimas* do objeto cuja história se pretende pesquisar, já que estas servirão não somente para guiar a busca referida, mas ao próprio desenrolar da pesquisa proposta (Capítulo 3).

Neste passo, num primeiro momento, acompanha-se Martínez Dalmau⁴¹, ao afirmar que no estudo da origem do Ministério Público só devem interessar aqueles antepassados que, concomitantemente:

- tenham figurado como um órgão estatal organizado e com corpo único e individualizado;
- tenham mantido como objetivos fundamentais a defesa da legalidade e dos interesses gerais; e
- de forma exclusiva ou não, tenham apresentado a acusação no processo como o principal meio para desenvolver suas funções.

⁴¹ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 29. Necessário esclarecer que a escolha das *características mínimas* que se seguem pautou-se pela observação de que são elas que identificam uma maior proximidade ao modelo ministerial brasileiro que interessa para os fins desta pesquisa.

Em síntese, segundo o autor espanhol, a gênese da instituição deve ser localizada nas estruturas estatais individualizadas que, buscando a defesa da legalidade e dos interesses gerais, possuíram funções processuais acusatórias.

Por força das delimitações do objeto de pesquisa antes fixadas, soma-se a estas *características* ainda, o interesse por instituições antepassadas que, ao lado das funções acusatórias, também teriam possuído funções extrapenais aptas a enfrentar o fenômeno criminal.

Pois é exatamente a partir da soma desta última *característica* que se percebe que o exercício de uma função extrapenal com reflexos crimianis sempre teria sido estranho às instituições que, historicamente, costumam ser identificadas como antepassadas do Ministério Público.

De fato, seja em épocas remotas ou próximas, até onde se enxerga, não teria existido jamais um agente estatal vinculado ao fenômeno criminal que tivesse apresentado funções penais expressas de exercício do poder punitivo e, cumulativamente, funções extrapenais que impactassem positivamente no enfrentamento do fenômeno criminal.

Na verdade, os agentes estatais que, ao longo do tempo, exercitaram o poder punitivo invariavelmente o fizeram com uma mera preocupação acusatória e necessariamente de forma judicializada. Tal se deve por ser a acusação criminal imanente à própria concepção do exercício do poder punitivo⁴².

Daí não raro os estudos dos primórdios do Ministério Público partirem da origem da assunção pelo Estado do exercício deste poder punitivo⁴³. A generalização deste parâmetro, entretanto, bem evidencia o dimensionamento que se dá a apenas uma das características antes referidas: o *exercício da função acusatória* por um agente estatal. Ignora-se, neste particular, que o surgimento deste exercício, por vezes, não esta atrelado à existência de um *órgão estatal*

⁴² Não se desconhece que a expressão *poder punitivo* possui um significado foucaultiano que a vincula à sociedade: "A luta pela delimitação do poder de punir se articula diretamente com a exigência de submeter a ilegalidade popular a um controle mais estrito e mais constante" (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 75). Na presente pesquisa, porém, a expressão será usada apenas nos seu sentido estatal contemporâneo, diversamente, ainda, do significado existente até o início da era moderna, na qual, segundo RUSCHE e KIRCHHEIMER, o poder punitivo mantinha uma conexão direta com as relações econômicas, refletindo alterações havidas no mercado de trabalho, na oferta de mão de obra e em suas condições sociais (RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, Cap.III, item 1).

⁴³ Neste sentido, é a posição de JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

individualizado ou, ainda, de um *órgão que tenha apresentado dentre seus objetivos a defesa dos interesses gerais*.

Assim, se o paradigma do qual se parte é a busca por instituições que tenham apresentado cumulativamente, ao menos, as três *características* mencionadas, é forçoso ter por equivocada a interpretação de que os antepassados do Ministério Público poderiam ser buscados no funcionário real do antigo Egito conhecido como *magiaí*. Neste particular, José Francisco Sawen Filho, amparado nas lições de Roberto Lyra, cita que este funcionário real:

I – É a língua e os olhos do rei; II – Castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege o cidadão pacífico; III – Acolhe os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos; IV – É o marido da viúva e o pai do órfão; V – Faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais em cada caso; VI – Toma parte nas instruções para descobrir a verdade.⁴⁴

Nesta figura, entretanto, não se enxerga que teria existido um corpo estatal *único e individualizado*.

Situação similar se dá na figura grega do período clássico, denominada *tesmotéti* ou *desmodetas*, cuja principal atribuição era velar pela correta aplicação das leis, longe da função acusatória que, em tal período, recaía sobre as vítimas do crime ou seus familiares. No dizer de Martínez Dalmau,

[...] no parece que pueda considerarse homologable al Ministerio Fiscal la figura de los *testotetas* o *desmotetas* (*desmodetai*) en la antigua Grecia, cuya tardía aparición, hacia el siglo IV, fue fruto de la evolución de los arcontes [magistrados que desarrollaban tareas de gobierno, em Atenas y otras ciudades griegas, y cuyos orígenes podrían situarse alrededor del siglo X a.C.]. En un sistema como el griego, donde parece que para promover el proceso la iniciativa principal y durante mucho tiempo única era la intervención de la parte agraviada, los *desmotetas* no serían otra cosa que los arcontes encargados de la vigilancia y revisión de las leyes, entre otras funciones em estrecha relación con el poder legislativo, dirigidas a cuidar la garantía de la democracia y el interés de la República (...). Se há

⁴⁴ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12. JANNACCONE, citado por Ignacio Flores Prada, adverte que “la información histórica ofrece bases para pensar que el instituto hunde sus raíces en la civilización egípcia hace cerca de cuatro mil años: los papiros Abbot y Amhurst hacen mención de um funcionario que castigaba las rebeliones, reprendia a los violentos, protegía a los ciudadanos pacíficos, hacía de padre del huérfano, encarnaba la función de acusador, indicando las disposiciones de la ley a aplicar al caso, e intervenía em las instrucciones destinadas a averiguar la verdad” (FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 33). No mesmo sentido, na doutrina nacional, GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

defendido que los *tesmotetas* eran meros denunciadores, y la acción penal podía ser ejercitada únicamente por el agraviado. Para el caso de que este se abstuviera de acusar, y con el objeto de no de dejar en la impunidad un delito, los *tesmotetas* ejercían la acción.⁴⁵

Melhor sorte não se dá com o modelo romano do *advocatus fisci* ou *procuratores caeseris*, os quais tinham o dever de, respectivamente, defender o Estado romano e o tesouro do *caesar*, não havendo que se falar, portanto, em *defesa dos interesses gerais*⁴⁶.

Mesmo os *éforos* espartanos que, embora exercessem o *ius accusationis*, eram juízes e deveriam manter o equilíbrio entre o poder real e o poder senatorial⁴⁷, não tinham como um de seus objetivos fundamentais a *defesa de interesses gerais*.

Por sua vez, no que tange às figuras surgidas durante a idade média, também não se defronta com a existência de um órgão estatal individualizado, voltado à defesa da legalidade e dos interesses gerais, tendo a função acusatória como sua identidade.

Figuras como os *saions*, do direito visigodo, ainda estavam longe das características anteriormente assumidas. Embora citado com frequência, com base em pesquisa realizada na década de 50 do século passado por João Monteiro, cita Sauwen Filho que “ao lado das funções fiscais propriamente ditas, sentinelas do tesouro, verdadeiros carrascos dos devedores da fazenda pública, tinham os *Saions*

⁴⁵ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 32; No mesmo sentido, GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7-8.

⁴⁶ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8. No mesmo sentido, MARTÍNEZ DALMAU: “tampoco el *advocatus fisci* y los *Procurator Caesaris* romanos parecen llamados a considerarse antecesores del Ministerio Fiscal, pues sus principales actividades estarían más em relación con lo que hoy denominaríamos Hacienda Pública. ‘Los *advocati fisci* eran Abogados cuya función consistía en velar por los intereses del Fisco, ejercitando en juicio las acciones pertinentes para la protección de estos intereses’ (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 34). Ainda, SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 16 e 25-26.

⁴⁷ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8. “Este órgão chegou a tener más poder aún que los mismos reyes, y tuvo las funciones, entre otras, de equilibrar las autoridades del Rey y del Senado y controlar su poder. Los *éforos* constituyeron una figura creada en época de Licurgo que con el tiempo asumió las funciones de acusador y juez” (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 32-33).

franca e permanente ingerência em longa série de atos da mais rigorosa fisionomia civil”⁴⁸.

Mencionam-se, outrossim, os *senescais*, ao tempo dos reis merovígios e os *balios*, dos povos escandinavios. Ambas as figuras, porém, tal qual assinala SAUWEN FILHO, eram meros “servidores dos senhores feudais, encarregados de defendê-los em Juízo”⁴⁹.

Há, ainda, referências aos *gastaldi*, próprios do direito longobardo, os quais exerciam uma função política e representavam o rei junto aos duques, bem se sabendo o quão distanciados se mostravam seus interesses (do monarca) dos *gerais*⁵⁰.

Mesmo os *missi dominici*, que surgiram na Gália ou os *vindex religionis* do direito canônico⁵¹ são figuras que se aproximam de funções dos nossos dias, porém, longe estão de serem tidos como antepassados ministeriais. Os primeiros, chamados “enviados do Senhor”, tinham a atribuição de visitar os condados e fiscalizar a atuação dos delegados do soberano, ouvindo reclamações e coibindo abusos, mas não possuíam sequer *função acusatória*⁵².

⁴⁸ “Na lição de Scialoja ‘eram inspetores, diretores e executores de todas as sentenças dos tribunais; presidiam juntos à abertura dos juízos; constrangiam os contumazes; punham-se francamente ao lado dos que tinham injustiças a reparar ou injúria a vingar; tutelavam o interesse da lei e o de equidade; faziam restituir bens aos espoliados, indenizar os fiadores dos devedores ingratos, ressarcir viúvas pobres e pupilos enganados por tutores desleais” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28). Cf. GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8 e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 35.

⁴⁹ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 29.

⁵⁰ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8.

⁵¹ A quem competia fiscalizar o andamento dos processos e exercer a ação penal dentro do segredo dos tribunais inquisitoriais (SANGLARD, Pedro Elias Erthal Sanglard et SANTA-RITA, Tania Guimarães Santa-Rita. O Ministério Público e a ciência do (meio) ambiente. **Mundo & Vida**. Niterói, v. 3, jul./dez. 2002, p. 90-99).

⁵² GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 35-36). Citando as lições do historiador Hilário Franco Júnior para ressaltar a absoluta parcialidade com que agiam os *missi dominici*, informa SAUWEN FILHO que “na tentativa de fiscalizar esses amplos poderes dos condes, o Imperador contava com os *missi dominici* (Enviados do Senhor) que aos pares (um leigo e um clérigo) visitavam vários condados e elaboravam relatórios a respeito. Contudo, esses enviados, eles próprios condes e bispos ou abades, poucas vezes cumpriam seu papel imparcialmente” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34).

Os *avvogadori di communi*, *avvocato della corte*, *conservatori delle leggi*, *cônsules*, *síndicos* ou *ministrales* na Itália⁵³, ou ainda os *gemeiner anklager* da Alemanha medieval⁵⁴ mostram-se muito distantes do que viria a constituir o órgão estatal individualizado do Ministério Público.

Por força das balizas antes assumidas, mostra-se equivocado, ainda, contemplar os *defensores civitates*, os *quaestores*⁵⁵ e os *irenarcas*, ou os *curiosi* e os *stationari*, surgidos no quarto século, como vínculo histórico da instituição. Até porque, longe de figurarem até mesmo como funcionários permanentemente encarregados de acusar os infratores, tais figuras possuíam a mera atribuição de polícia investigadora⁵⁶.

Enfim, só a ausência de um paradigma bem delineado na condução da atividade de pesquisa faria com que estas múltiplas origens fossem atribuídas ao Ministério Público⁵⁷. Daí ter-se fixado as *características mínimas* referidas.

E é justamente por força delas que também se afasta da origem ministerial uma figura comumente citada: *les gens du roi*, isto é, os procuradores do monarca, previstos na ordenação francesa de 1302 de *Philippe, le Bel*.

⁵³ MANZINI, citado por Rubén Martinez Dalmau, menciona que “en Venecia existían los *avvogadori di communi*, de funciones similares al actual Ministerio Fiscal, y en casos singulares se conoce de la existência de um *avvocato fiscale*, como durante el proceso contra el capitán general del mar Antonio Grimani”. Observa o mesmo autor que PINEDA PÉREZ conclui que “en esta época de Italia Medieval se encuentra antecedente en forma incipiente de la aparición del Ministerio Público com la figura pública de los Cónsules, Síndici o Ministrales con las funciones que desarrollaban en relación a las acusaciones” (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 36-37). No mesmo sentido, SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37-38.

⁵⁴ Os quais exerciam a acusação em caso de inércia do particular (GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8), não se apresentando, porém, como corpo estatal *único e individualizado*.

⁵⁵ Especificamente em relação aos *quaestores* ou *questores*, esclarece FLORES PRADA que teriam sido “funcionarios que desarrollaban sus competencias en diversas materias, entre las que pudo comprenderse la persecución de los homicídios. Estos magistrados, carentes de jurisdicción, ocuparían un lugar cerca del Pretor, desempeñando una función meramente informativa” (FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 43).

⁵⁶ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9. Por serem autoridades dependentes do Pretor, “parece seguro que ninguna de estas figuras tenía atribuída la facultad de ejercer la acción penal, y poco probable de que en el caso en que sí actuaran como acusadores públicos se encomendaran a los intereses generales, posición únicamente ostentada en el antiguo mundo romano por los agraviados y familiares” (MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 34).

⁵⁷ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8.

Com efeito, afirma-se com freqüência que tal previsão figura como a primeira norma que fez referência a um órgão estatal *individualizado* que se aproximaria do Ministério Público⁵⁸. Menciona-se, ainda, que esta previsão não tardou a vir acompanhada, no mesmo Século XIV, das ordenações de 1335, de 1367 e de 1372 que também dispunham sobre tais agentes. Tais normativas, portanto, seriam o fundamento legal remoto da instituição que hoje existe.

Ocorre que, se por um lado a partir de então passou a existir um *órgão estatal individualizado*, por outro este órgão longe estava de apresentar dentre seus objetivos fundamentais a *defesa dos interesses gerais*.

De fato, aos *gens du roi* se estendeu o mesmo juramento dos magistrados, mas lhes era proibido o exercício de outra função que não a defesa dos interesses do monarca⁵⁹. Cita Emerson Garcia que só posteriormente, com a *ordonnance criminelle* editada por Luis XIV, em 10 de agosto de 1670, é que este agente estatal passaria a exercer a função de acusador oficial⁶⁰, adquirindo maior autonomia⁶¹ e desenvolvendo, enfim, um “mister público”, ao invés de apenas exercer um “mister

⁵⁸ Realizando a classificação dos antecedentes do Ministério Público em “remotos” e “próximos”, vários são os autores que mencionam o século XIV e a França como o local da origem institucional (v.g., GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

⁵⁹ Vinculando a origem dos *procuradores do rei*, da França do século XIV, aos *saions* ou *graffion* do século VII do direito visigodo, esclarece JATAHY a real finalidade da atribuição persecutória destes agentes. Cf. JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁶⁰ Ressalta FLORES PRADA que “de acuerdo con esta relevante disposición, a los procuradores generales se les reconoce, entre otras atribuciones, la iniciativa de la persecución criminal; el derecho de consignar los testimonios; el conocimiento de toda información relacionada con la comisión de delitos y el carácter preceptivo de sus conclusiones em todo decreto emitido y em toda libertad concedida” (FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 88).

⁶¹ GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9. Demonstrando que esta “autonomia” já existia desde o Século XVII, cita SAUWEN FILHO, com base nas lições de José Narciso da Cunha Rodrigues, que um Século após, na Revolução de 1789, “as únicas críticas de ordem geral que faziam às ‘gentes do rei’ respeitavam ao modo de recrutamento e aos desfavor geral com que se tratava a magistratura. De resto aí se mencionava que, não obstante estarem sob as ordens do rei e obrigados em princípio a executar as instruções, tinham conseguido guardar uma certa independência e, por vezes, enfretando mesmo o poder, recusando executar ordens que lhes pareciam contrárias ao bem do reino” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41-42).

privado”⁶², visão que, mais tarde, então se referindo à figura do Estado, se reproduziria na Revolução Francesa.

E é natural que assim o tenha sido, até como reflexo dos ventos iluministas que já sopravam muito antes do Século XVIII. De fato, embora o ponto culminante deste período, a Revolução de 1789, ainda fosse exigir um século para ser gestado, é cediço que as expressões que levaram a ele começaram muito antes, como bem demonstram, na seara criminal, os primeiros escritos que costumam serem tidos como a gênese da criminologia e que desaguariam nas obras clássicas de Cesare Beccaria e John Howard^{63,64}.

Daí discordar-se do entendimento majoritário e genérico de que o Estado francês do Século XIV seria o berço mais próximo do Ministério Público. Ainda que se queira contextualizar referido órgão com a estrutura jurídico-política do Estado de seu tempo, na verdade, as ordenações anteriores à *criminelle* referiam-se a uma instituição cujas funções não se assemelham aquelas assumidas inicialmente como parâmetro. No mesmo sentido é a conclusão de Martínez Dalmau:

De hecho, um importante sector de la doctrina, no sólo francesa, ha visto en el derecho galo del Antiguo Régimen el más claro precedente del Fiscal, hata el punto de que el discurso clásico aproximaba aquella figura a la actual, sin prácticamente reconocer distinciones. Esta teoría, generalmente aceptada, há sido acertadamente criticada por cuanto pasa por alto la verdadera función de las dos figuras, el Fiscal de la Edad Media y el contemporáneo: ‘parece que va demasiado lejos en su voluntad de asimilar el Ministerio Público del Antiguo Régimen al nuestro. El abogado del rey y el

⁶² Com lastro nas pesquisas de Henri Roland e Laurent Boyer, em *Les Institutions Judiciaires*, menciona SAUWEN FILHO que foi a partir de então que a designação *Ministério Público* se consagrou (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38).

⁶³ Neste sentido, cita GUIMARÃES que “no campo jurídico-filosófico (...) a primeira obra que provoca grande contribuição crítica ao processo penal da época – considerada por alguns como o marco do nascimento da criminologia um século antes da contribuição de Beccaria – é a denominada *Cautio Criminalis*, publicada, anonimamente em 1631, na Alemanha (...), cuja autoria foi atribuída ao jesuíta Friedrich Spee Von Langenfeld (...). Em seguida, também guarda destaque o trabalho de Christian Thomasius, professor de filosofia em Leipzig, em teses publicadas em 1701 (*De crimine magioe*) e 1712 (*De origine AC progressu processus inquisitorii contra sagas*)” (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Por que, ainda hoje, se deve ler Beccaria? (Análise sob o prisma do processo penal)*. In: BUSATO, Paulo Cesar (Org.). **Ler Beccaria hoje. Coleção Por que ler os clássicos**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 153-154).

⁶⁴ Em 1764, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria publicou, em Milão, a obra *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), livro que representou a reação liberal ao direito penal em vigor; John Howard, por sua vez, publicou em 1777, *The state of the prisons in England and Wales* (O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales), obra que contribuiu na deflagração da “era do humanitarismo penitenciário” (GONZALVEZ, Pedro Correia. *A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham*. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v.33, n.1, p. 9-17, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/9792/6687>. Acesso em 31.mar.2011.

procurador del rey estaban demasiado señalados por la diversidad de sus orígenes y de su función como para haber estado alguna vez integrados en un solo cuerpo, y el Ministerio Público del Antiguo Régimen no tendrá nunca la unidad, la cohesión, todavía menos la jerarquía, que Le reconocemos actualmente'. No cabe obviar que esa diferencia es definitivamente notable sobre el papel, y la institución del Antiguo Régimen no cumple con las líneas trazadas que definen al Fiscal. Para encontrarnos con el Ministerio Público, las figuras que acaben encarnándose en este deben despojarse del principio de actuación en favor del monarca y convertirse en defensores de la legalidad y de los intereses colectivos. Y esto no ocurre con los modelos franceses anteriores al proceso revolucionario.⁶⁵

Foram necessários, portanto, cerca de três séculos para que a instituição atingisse sua forma quase definitiva, isto é, uma forma que permaneceria “praticamente imutável”⁶⁶ depois do Século XVII⁶⁷.

Enfim, só a partir de então, de forma contínua, passaria efetivamente a existir uma estrutura estatal individualizada, cada vez mais burocratizada⁶⁸, vinculada a defesa da legalidade e dos interesses gerais, cuja função primordial e identificadora passaria a ser a acusatória.

Em maior ou em menor grau, mude-se o território ou a conjuntura sócio-política em que tenha se encontrado envolvida, é certo que esta instituição jamais deixaria de se apresentar como uma das agências de controle social formal e exercer a função primordial repressiva que lhe dera origem que, na expressão de

⁶⁵ MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37-38). Na doutrina nacional, oportuna igualmente a advertência de SAUWEN FILHO: “seria evidentemente temerário e até mesmo ingênuo admitir-se que, ao ser criado em 1302 o Ministério Público, desde logo houvesse se constituído num órgão de defesa da sociedade, guardião dos direitos indisponíveis dos cidadãos. A mentalidade da época, o regime marcadamente autocrático prevalecente de então e o estágio de civilização européia ao alvorecer do século XIV, por si só, impediram o estabelecimento de qualquer tentativa nesse sentido. Cidadania e direitos do cidadão eram coisas impensáveis no mundo de então” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 43).

⁶⁶ A expressão é de F. Hélie, *Traité de L'instruction Criminelle*, Paris, 1886, p. 299 (apud SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40).

⁶⁷ Ressalta SAUWEN FILHO que as duas funções clássicas do Ministério Público, conservadas até hoje, a de *custos legis* e a de *dominus litis* surgem no Século XVIII, por meio de decreto de 1790, por meio do qual a “Assembléia Nacional dividiu as funções do Ministério Público em dois órgãos distintos: um Comissário do Rei, nomeado pelo soberano e a quem cabia a missão exclusiva de zelar pela aplicação da lei e pela correta execução das decisões judiciais, e o Acusador Público, eleito pelo povo e que tinha a função de sustentar, diante dos tribunais, a acusação dos réus” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42).

⁶⁸ A expressão, usada no sentido weberiano, busca enfatizar uma instituição caracterizada pela divisão do trabalho, por uma hierarquia definida, pela existência de regras e regulamentos detalhados, bem como pela impessoalidade e competência técnica dos funcionários (WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 2002, com especial atenção ao Cap. VIII, da Parte II).

Ignácio Flores Prada, representa a “defesa concentrada da legalidade”⁶⁹: o exercício do poder punitivo estatal.

1.1.2 Evolução do Ministério Público sob uma perspectiva histórica nacional: justificativas para o surgimento de um novo perfil em *terrae brasilis*

Corolário da jurisdicionalização dos conflitos sociais, ao lado do desenvolvimento da justiça pública, o Ministério Público recebeu relevante estruturação de suas funções criminais desde o instante em que se firmou uma atuação do Estado substitutiva da defesa privada, por meio de um órgão estatal individualizado, atento à defesa da legalidade e dos interesses gerais. E tal só se dera, como referido, com a *ordennance criminelle* de 1670, posteriormente complementada em 1684⁷⁰.

De fato, o incremento da maturidade política dos povos fez surgir a identificação de que certas condutas afetavam não apenas os titulares dos direitos atingidos, mas representavam ainda uma afronta à própria manutenção da ordem e da paz da comunidade. Daí a idéia nascente de promoção da justiça como responsabilidade pública e, com ela, distintos modelos para garantir a proteção do interesse público existente na defesa da legalidade⁷¹.

Se num primeiro momento vigorava um *modelo difuso* de ação popular – em que a persecução poderia ser empreendida por todos e por cada um dos cidadãos –, a consolidação cada vez maior da estrutura política implicou num progressivo abandono do referido modelo, migrando-se para uma *forma concentrada*, na qual referida responsabilidade foi assumida pelo poder estatal que, após paulatinas mudanças, passou a exercê-la por meio de uma estrutura orgânica burocratizada, individualizada e hierarquicamente ordenada: o Ministério Público.

Em passando o Ministério Público a ser, gradativamente, tido como órgão legitimado à defesa da ordem jurídica de momento (autoritária ou não), a instituição passaria a figurar como uma das agentes responsáveis pelo controle social formal e,

⁶⁹ FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 21.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 88.

⁷¹ *Ibidem*, p. 21.

por consequência, como a principal legitimada à oferta da acusação, expressando-a através do poder punitivo estatal.

A partir daí, o vínculo entre a instituição e sistema político estatal passaria a ser uma constante.

Daí a importância de estudar o processo de formação histórica da instituição também a luz do sistema político de cada Estado, valorando assim a influência que as transformações jurídico-políticas estatais projetaram sobre a instituição⁷². Neste sentido, é sempre válida a lembrança de Goldschmidt que, embora lançada em relação à atividade persecutória, aplica-se em relação às instituições estatais como um todo:

[...] los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de cada nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución⁷³.

De fato, a trajetória histórica da defesa pública da legalidade e a trajetória da história das instituições que dela se encarregaram nos diversos períodos demonstram uma evolução lógica quando contemplada sobre o pano de fundo não somente das grandes transformações do Estado na Europa continental –

⁷² Alerta GRANATA, citado por Ignacio Flores Prada que “querer restringir el problema del Ministerio Publico simplemente a las puras fórmulas jurídicas, a la arquitectura estructural de los elementos que delimitan y justifican la acción en el dinamismo del proceso penal, sin indagar sobre el pasado de la institución ni sobre las condiciones históricas generales que lo encuadran en el vasto y agitado marco de la lucha por el predominio del Poder Ejecutivo en la confrontación con el judicial, sin discernir el nexo esencial que existe en el devenir de esta lucha y la configuración actual de la institución misma; significa, verdaderamente, alejarse de la realidad histórica y, al mismo tiempo, alterar la verdad jurídica” (FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 30).

⁷³ *Apud* FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 31). Semelhante correlação deve ser enxergada também entre as concepções de Estado e pena, conforme precisa abordagem de BITENCOURT: “Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio direito penal –, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado esta intimamente ligado ao da pena” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103). Sob um viés marxista, semelhante referência encontra-se em MARX e ENGELS: “toda a estrutura interna de cada nação, dependem do grau de desenvolvimento de sua estrutura e de sua reciprocidade prestuária interna e externa. O quanto as forças produtivas de uma nação estão desenvolvidas se mostra objetivamente pelo grau de desenvolvimento atingido pela divisão do trabalho” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 45).

particularmente, do *ancien régime* para o Estado de Direito⁷⁴ –, mas também das transformações pelas quais passou a estrutura estatal brasileira.

Esta aferição da evolução histórica permite identificar a existência de um fio condutor que vincula o Ministério Público e as atividades que lhe são afetas com a progressiva consolidação do interesse público na promoção da justiça em defesa da legalidade, conteúdo essencial da instituição, num marco de construção, consolidação e transformação da estrutura jurídico-política do Estado⁷⁵.

Assim, da mesma forma que durante o antigo regime europeu a vinculação ao Poder Executivo das diversas instituições que costumam ser arroladas como antepassados do Ministério Público se apresentam como uma decorrência natural – afinal, figuravam como representantes do rei –, a partir da concepção do Estado liberal de Direito, produto da Revolução Francesa, essa vinculação começa a se mostrar incoerente, já que se estaria, então, diante de um Estado “caracterizado basicamente por el control de um poder político desconcentrado y legitimado democráticamente a través del império de la ley”⁷⁶.

Pois é exatamente através desta correlação conjuntural entre a evolução do Ministério Público e a estrutura jurídico-política estatal de momento que faz com que também no estado brasileiro se possa visualizar os diversos estágios pelo qual passou a instituição desde o seu surgimento, em particular, no que toca a sua atuação vinculada à seara criminal, objeto desta pesquisa⁷⁷.

⁷⁴ FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 24.

⁷⁵ Não por outra razão ressaltar FLORES PRADA que, “como pone de relieve JANNACCONE, el aspecto crítico se impone por la especial naturaleza de la institución, cuya colocación em el cuadro del ordenamiento del Estado es de frontera, frontera entre diversos poderes, frontera entre realidad social y aparato judicial, frontera entre política y derecho. Su regulación jurídica, sigue diciendo el autor italiano, es una construcción política más que una construcción técnica. A un cierto tipo de Estado corresponde um cierto tipo de Ministerio Público”. A mesma idéia já vinha presente desde 1926, em AYARRAGARAY, citado pelo autor, ao afirmar que “el Ministerio Público es el resultado de una evolución histórica conforme com la forma de Gobierno, el carácter de los pueblos, el estado de las costumbres y el orden social” (FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 32).

⁷⁶ FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 22-23.

⁷⁷ Não por outra razão ressalta FLORES PRADA que, “como pone de relieve JANNACCONE, el aspecto crítico se impone por la especial naturaleza de la institución, cuya colocación em el cuadro del ordenamiento del Estado es de frontera, frontera entre diversos poderes, frontera entre realidad social y aparato judicial, frontera entre política y derecho. Su regulación jurídica, sigue diciendo el autor italiano, es una construcción política más que una construcción técnica. A un cierto tipo de Estado corresponde um cierto tipo de Ministerio Público”. A mesma idéia já vinha presente desde 1926, em AYARRAGARAY, citado pelo autor, ao afirmar que “el Ministerio Público es el resultado de una evolución histórica conforme com la forma de Gobierno, el carácter de los

1.1.2.1 Fase Colonial

Neste passo, inicialmente, é importante identificar que, na sua origem, o Ministério Público brasileiro esteve completamente atrelado com a configuração então existente em Portugal, “país do qual herdamos não só as leis e instituições bem como o estilo de organização sócio-política”⁷⁸.

Daí ser comum afirmar-se que as raízes do Ministério Público pátrio repousariam no Direito português⁷⁹. Até porque, previsivelmente, o direito vigente na época do Brasil colônia constituiu-se em mera transferência da legislação portuguesa, então contida nas compilações de leis e costumes conhecidas como *Ordenações Reais*^{80, 81}.

No entanto, também aqui há de se advertir que esta identificação da origem do Ministério Público brasileiro deve ser aceita com inúmeras reservas. Tal qual ressaltado, a busca de um antecedente histórico não deve consistir na mera busca por iguais nomenclaturas, mas na busca de uma instituição que tenha apresentado um mínimo de *características* similares com a atual.

Este cuidado faz com que se reconheça que, embora possa ter havido uma transferência da legislação portuguesa para o território do Brasil colônia, a instituição ministerial para cá trasladada na época das ordenações reais – cronologicamente, inclusive, anteriores à *ordonnance criminelle* de 1670 – longe estava de representar a vinda de uma estrutura estatal individualizada, vinculada a defesa da legalidade e dos interesses gerais, cuja função primordial e identificadora seria a acusatória.

pueblos, el estado de las costumbres y el orden social” (FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 32).

⁷⁸ “Para chegarmos a um razoável conhecimento acerca das origens do nosso Ministério Público, parece-nos de todo aconselhável voltarmos nossas vidas aos primórdios da pátria lusitana” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101).

⁷⁹ Há de se reconhecer que a história legislativa portuguesa até a vinda das Ordenações Afonsinas é retrato da evolução francesa (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15).

⁸⁰ Sob esta rubrica, englobam-se tanto as Ordenações Afonsinas (1446), as Manuelinas (1521), quanto as Filipinas (1603). “Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59). (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59).

⁸¹ “As Ordenações que não chegaram a ser códigos sistemáticos no sentido moderno, distribuíram as matérias em cinco livros: I. Cargos e atribuições públicas, civis e militares. II. Legislações referentes ao clero e à nobreza. III. Processo civil. IV. Direito Civil: obrigações, contratos, propriedade e família. V. Direito Penal e Processo Penal” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59).

Em absoluto. Representou, na verdade, o mero surgimento da instituição ministerial brasileira no plano legal.

Até porque, conforme lembra Antonio Carlos Wolkmer, esta transferência sem critérios de legislação teve reflexos na estrutura política embrionária do Estado brasileiro e das suas respectivas instâncias de poder que, “além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem e da sociedade como um todo”⁸². Tal circunstância, por certo, também teria sido decisiva para a tímida configuração inicial do Ministério Público no âmbito nacional.

De modo que, se na “metrópole” a primeira referência à instituição pode ser enxergada nas Ordenações Afonsinas por meio da previsão da figura do *Procurador de Justiça*⁸³ – no instante em que restou “evidenciada no reino de Portugal a necessidade de se estabelecer uma instituição que apoiasse os vassalos que reclamassem por Justiça, bem como defendesse o interesse geral”⁸⁴ –, passa a ser

⁸² “Alheia à manifestação e à vontade da população, a Metrópole absolutista instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras. Com isso, desenvolveu-se, como lembra Antonio C. Mendes, um cenário contraditório de dominação política: ‘de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa impunha, através dos governadores-gerais e da administração legalista. A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marcará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal’” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49-50).

⁸³ Informa SAUWEN FILHO que, “segundo aceitação unânime da doutrina portuguesa, o Ministério Público somente veio a surgir, como instituição organizada, a partir do século XIV. Antes disso, no regime do código visigótico, que por longo tempo regulou o processo, a competência dos juízes e a organização judiciária da Península Ibérica, ao tempo em que o Condado Portucalense ainda fazia parte integrante do reino espanhol, o ordenamento jurídico previa a ação pública contra o homicida, sem contudo designar um magistrado especial para promovê-la” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101-102).

⁸⁴ Dispunha o Livro I, Título VIII: “E veja, e procure bem todos os feitos da justiça, e das viúvas, e dos órfãos, e miseráveis pessoas que à nossa Corte vierem” (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15). Procurando explicar a estranheza do sentido democrático da instituição dos ‘Procuradores de Justiça’ consagrados pelas Ordenações Afonsinas em meados do século XV, ressalta SAUWEN FILHO a necessidade “de se notar que a monarquia portuguesa nasceu, em que pesem as tendências absolutistas da época, sob o signo da liberdade, e tanto assim que, nas lanças dos heróis de Aljubarrota, que colocaram a coroa do reino português sobre a cabeça do Mestre de Aviz, estava escrito por ordem daquele príncipe: ‘Os vassalos portugueses são livres’”. No entanto, o mesmo autor não tarda a reconhecer a precariedade destas previsões, alertando que somente em 1832, através do Decreto nº 24 de 16 de maio, “o Ministério Público português veio, finalmente, a ser organizado de forma definitiva” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 104 e 107).

natural identificar que também na Colônia tal figura existira, ainda que **apenas normativamente**⁸⁵.

Da mesma forma, tendo existido no período das Ordenações Manuelinas (Livro I, Título XII) e Filipinas (Livro I, Título XV), no direito lusitano, o *Promotor da Justiça da Casa de Suplicação*, também no Brasil colônia, ao menos no direito positivado, teria existido igual figura, cargo ministerial que, embora vinculado à seara criminal, ainda estava longe de preencher as demais *características* anteriormente lançadas como identificadoras da instituição^{86,87}.

1.1.2.2 Fase Imperial

Pesquisando os antecedentes da nomenclatura “Promotor de Justiça”, informa Jatahy que “o primeiro texto legislativo genuinamente brasileiro” a prever tal figura teria sido publicado em 1609, cargo criado para atuar junto ao Tribunal da Relação da Bahia⁸⁸, o qual iria se perdurar até 1751, com a criação na cidade do Rio de Janeiro da Relação que, em 1808, se transformaria na Casa de Suplicação do Brasil, tribunal que previa o cargo de *Promotor de Justiça* separado daquele do *Procurador dos feitos da Coroa*⁸⁹. Separação esta que vigoraria até a Constituição

⁸⁵ Atualmente, é cada vez mais frequente entre os historiadores reconhecer que o Estado brasileiro só teria efetivamente passado a existir como estrutura política individualizada e hierarquicamente organizada muito após sua data simbólica de descobrimento. Neste sentido, absolutamente válidos os dados apresentados em GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

⁸⁶ Especificamente no tocante às Ordenações Manuelinas, refere-se o texto legal à figura do “Prometedor da Justiça da Casa da Sopricaçam” (PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l1ind.htm>>. Acesso em 24.mar.2011)

⁸⁷ A título exemplificativo, cita-se que as Ordenações Filipinas dispunham expressamente que: “Ao Desembargador da Casa de Suplicação, que servir de Promotor de Justiça, pertence requerer todas as coisas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Ofício pertence formar libelos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa de Suplicação por acordo de Relação... Nos casos onde não houver querela nem confissão da parte, porá sua atenção na devassa, parecendo-lhe que se ela não deve proceder, para com ele dito promotor se ver em relação, se deve ser acusado, preso ou absolvido. E assim fará nos ditos feitos quaisquer outros artigos e diligências, que forem necessárias ao bem da Justiça” (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16).

⁸⁸ O qual dispunha que “A Relação será composta de 10 (dez) desembargadores, 1 (um) procurador de feitos da Coroa e da Fazenda e 1 (um) promotor de justiça” (*Ibidem*, p. 17).

⁸⁹ JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17. É comum identificar ausência de uniformidade em relação às datas. Marcellus Polastri Lima, a seu turno, informa que “o primeiro texto a se referir ao Ministério Público foi uma legislação do Governo Geral, em 1548, ao tratar da composição do Tribunal de Relação da Bahia” (LIMA,

de 1824, a qual atribuiu ao *Procurador da Coroa e Soberania Nacional* parte da acusação criminal⁹⁰.

Todas essas previsões servem tão-só para ilustrar que, no território brasileiro, embora possam ter existido desde o descobrimento dispositivos legais relacionados ao Ministério Público (alguns dos quais lhe entregando legitimação acusatória em nome do poder estatal), a sistematização por excelência deste órgão só viria a ocorrer mais tarde, com a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, a qual reformou o Código de Processo Criminal do Império de 1832 que, embora tivesse disposto a respeito das atribuições ministeriais, havia silenciado sobre a estrutura orgânica da instituição⁹¹.

Por força disto, as previsões do Código de 1832, somadas àquelas da Lei nº 261, são tidas como o primeiro diploma legal a efetivamente dedicar um **tratamento sistemático** ao Ministério Público pátrio, inclusive no dizente a sua atuação criminal⁹².

Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 10).

⁹⁰ “Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”.

⁹¹ Citando João Monteiro e fazendo referência à ultima fase do período colonial, SAUWEN FILHO lembra que “o Ministério Público não estava completamente instituído”. Mesmo após a Constituição de 1824 o cenário era similar, conforme anota Pimenta Bueno em 1828, referido pelo autor: “o nosso Ministério Público, assim como quase todas as nossas instituições, por ora, é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade, inspeção e harmonia. Sofre de mais a mais lacunas graves nas atribuições conferidas a seus agentes. Lacunas que muito prejudicam a administração da justiça”. Referida precariedade duraria até a década de 30 do século XIX, quando se assinala que não havia “uma organização eficiente, nem mesmo uma unidade do *Parquet* que funcionava de forma desarticulada, sem unidade ou mesmo sem qualquer controle central. Até as atribuições de seus membros eram incertas, não havendo normas claras quanto aos seus limites. (...) o recrutamento do seu pessoal era mais rudimentar possível. Em face da carência de bacharéis diplomados entre nós, naquela época, as fileiras do Ministério Público abrigavam pessoas leigas, sem as mínimas condições técnicas para o exercício dos cargos, o que contribuía para sua ineficiência” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 111, 117-118 e 120).

⁹² Menciona SAUWEN FILHO, porém, que o avanço foi limitado, “pois o Ministério Público do Segundo Reinado, na versão da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, estava, não só sob o controle direto do Poder Executivo, como seus Promotores Públicos manietados em face da nomeação e demissão *ad nutum* pelo Imperador, como ainda o *Parquet* quedava subordinado ao Poder Judiciário, pela circunstância de, em determinadas ocasiões, seus Promotores serem nomeados pelos próprios Juizes de Direito (...). Acresce ainda que, nos termos da Lei, os Promotores Públicos deveriam servir ‘pelo tempo que convier’ o que virtualmente afastava qualquer possibilidade de independência no exercício de suas funções (...). Por outro lado, a forma de remuneração por ordenado *arbitrado*, acrescido de ganhos complementares por tarefas, descaracterizava a natureza da função pública dos Promotores, reduzindo-os a simples prestadores de serviço próprios de auxiliares da Justiça, o que reduzia os Promotores a simples serventuários, tais como um meirinho, um oficial de Justiça ou um porteiro de auditório”. (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 121-122).

A exemplo do que vinha ocorrendo nos ordenamentos contemporâneos, entretanto, também esta previsão de atuação criminal limitou-se a estipular para a instituição uma legitimação acusatória, isto é, limitou-se ao estabelecimento de uma atuação tão-só *repressiva*. Com efeito, no tocante às atribuições do então *Promotor Público*, dispunha o artigo 37 do Código de Processo Criminal de 1832 que:

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais.

3º Dar parte ás autoridades competentes das negligencias, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

1.1.2.3 Fase Republicana

Na verdade, especificamente sob o ponto de vista da atuação criminal que passaria a ser exercida pelo Ministério Público brasileiro desde então, o que se vê, ao longo do tempo, é a inexistência de qualquer alteração substancial, ao menos sob a perspectiva anteriormente mencionada. Neste particular, houve uma constante identificação da instituição como o órgão estatal legitimado com a acusação, em uma nítida atuação de cunho repressivo⁹³.

De fato, iniciado o período republicano, evidencia-se um gradativo crescimento e fortalecimento da instituição⁹⁴, mas este não é acompanhado de qualquer alteração significativa no tocante a sua atuação criminal, isto é, resta evidenciada a manutenção da previsão de uma atuação criminal exclusivamente repressiva.

⁹³ Digna de registro, de qualquer forma, a contribuição trazida pelo parágrafo 1º do artigo 81 da Constituição de 1891, que legitimava o Procurador-Geral da República a exercer, de ofício, a revisão criminal em benefício dos condenados, previsão que seria repetida no artigo 76 da Constituição de 1934 (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144).

⁹⁴ Informa LIMA que “a instituição cresceu com a República” (LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 10-12).

Ademais, resta evidenciado que, no mínimo, até a vinda da Constituição de 1946, o Ministério Público brasileiro longe estava de se apresentar verdadeiramente como uma instituição com perfil republicano, figurando muito mais como um mero “órgão de cooperação das atividades governamentais”, nos termos, inclusive, da expressa previsão trazida pelo regime da Constituição de 1934 (Seção I do Capítulo VI do Título I).

De fato, se até a vinda do Código de Processo Criminal de 1832 a instituição só existia normativamente, após tal período – seja sob o regime da Constituição de 1891 ou da de 1934 – o que passou a existir foi um mero órgão de confiança do Poder Executivo, ao qual se atribuía a estratégica função de velar pela boa execução das normas coercitivas emanadas do Poder Central⁹⁵.

Emblemática, neste sentido, ainda em 1891, foi a edição da Lei nº 18 que atribuiu ao Ministério Público a “tutela dos interesses do Estado e daqueles que, por tradição, o Estado diretamente coloca sob sua proteção”⁹⁶. É exemplo, igualmente, o Decreto nº 9.263 de 28 de dezembro de 1911 que, “editado num período de grandes dificuldades políticas para o Governo”, fortaleceu a ação repressiva do Ministério Público, adequando-o como instrumento de ação governamental, para fazer frente

⁹⁵ Uma tentativa de alteração deste perfil antes da promulgação da Constituição de 1891 é lembrada por SAUWEN FILHO ao referir-se ao Decreto nº 1.030 de 14 de novembro de 1890, o qual fora editado durante o Governo Provisório. Lastreado nas premissas da Exposição de Motivos do Decreto nº 848 de 11 de outubro do mesmo ano – que referia-se à existência de uma “instituição necessária em toda organização democrática” – o Decreto nº 1.030 determinou expressamente que o Ministério Público funcionasse perante a Justiça constituído como “advogado da Lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes, o promotor da acção pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asylados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da Justiça e dos deveres da humanidade”. Informa o mesmo autor, porém, que “as esperanças de que esse entendimento finalmente triunfasse no espírito dos constituintes (...) cedo se desvaneceriam”, pois a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário do que se esperava, quanto ao Ministério Público, limitou-se a fazer uma referência indireta (art. 58, § 2º) à nomeação do Procurador-Geral da República (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 127-128).

⁹⁶ Informa SAUWEN FILHO que a excessiva amplitude desta previsão e a vinculação da instituição com o Poder Executivo, fez com que, ainda na fase de elaboração desta lei no Congresso Nacional, o jurista João Monteiro, então relator do Projeto na Comissão de Justiça do Senado, criticasse “severamente a largueza do campo de atuação do Ministério Público, alertando para uma hipertrofia que o transformaria em um ‘corpo abundantemente musculoso de potentíssima tutela’, vendo-o como uma intromissão indevida em áreas onde o interesse privado deveria prevalecer em relação ao público, reprovando a ingerência do Estado no domínio do Direito Privado”. Segundo João Monteiro, “fazer do Estado, cuja função interventora nos domínios do direito privado só deve ir até onde não pode chegar a atividade automática do indivíduo, bem montado aparelho de forças autoritárias é, parece, retrogradar na evolução progressiva do direito”, daí o perigo de o Ministério Público “se transformar em mecanismo de sustentação do Governo, quicá, instrumento de arbítrio ou de arrimo a ‘forças autoritárias’” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 130-131).

às dificuldades relativas à segurança pública⁹⁷. Ou, ainda, o Decreto nº 13.273 de 20 de dezembro de 1923 – em cuja Exposição de Motivos se enfatizava “o objetivo do Governo de emprestar ao Ministério Público maior eficiência, para atender às necessidades imperantes” –, o qual outorgou à instituição a atribuição de intervir na disciplina judiciária, assegurando-lhe independência em relação aos poderes públicos, alargando sensivelmente a sua ação de tutelar “todos os órgãos componentes da máquina judiciária”⁹⁸, mas, estrategicamente, mantendo a nomeação discricionária e demissão *ad nutum* de seu chefe pelo Presidente da República (art. 58, § 2º, da Constituição de 1891)⁹⁹.

Assim, embora se note que a Constituição de 1934 tenha procurado apresentar maior estruturação da instituição, longe estava a mesma de ser vista como um órgão independente, daí sua previsão dentre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, conforme referido¹⁰⁰. Justamente por isto, absolutamente compreensível a visão que possuía da instituição o então Presidente da República Getúlio Vargas, declaradas em suas razões de veto parcial ao Decreto nº 5, de 24 de janeiro de 1935, citado por Sauwen Filho:

⁹⁷ Bastante clara, neste sentido, é a previsão do artigo 158 do referido Decreto ao estabelecer que: “o Ministério Público, perante as autoridades constituídas é o advogado da lei e o fiscal da sua execução, o promotor da ação pública **contra todas as violações de direito**” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137, sem grifo no original).

⁹⁸ “Tão amplas restaram as atribuições do Ministério Público e tão acentuada era a sua liberdade de ação, que o Ministro Alfredo Valladão, comentando as características da instituição, afirmou que o *Parquet* se apresentava no ordenamento jurídico com a forma de um verdadeiro poder de Estado, como anota Roberto Lyra: ‘Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a Divisão dos Poderes’” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 138).

⁹⁹ Não por outra razão, menciona SAUWEN FILHO que, um dos mais ilustres processualistas da época, Afonso Fraga, “não via em seus órgãos de atuação senão e ‘unicamente representantes do Poder Executivo da Monarquia ou da República, porque a esse cumpre, por via de funcionários especiais a tutela ou defesa dos direitos e interesses do Estado perante os tribunais singulares ou coletivos’” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 138-139).

¹⁰⁰ Neste particular, discorda-se do entendimento de que a Constituição de 1934 teria representado um *avanço* para o Ministério Público. Isto porque, parece se mostrar absolutamente romântica e descontextualizada a explicação para esse suposto ‘avanço’ dada, por exemplo, por JATAHY para quem “o constituinte de 1934, inspirado na Constituição alemã de Weimar (1919), que instituiu o *Welfare State*, fortaleceu, de forma pioneira, o Ministério Público Nacional, numa nítida compreensão de sua importância em um Estado preocupado com a questão social, onde a atuação ministerial é primordial para a sua efetivação” (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21).

A nova Constituição, porém, separou completamente o Ministério Público do Poder Judiciário. Tornou, mesmo, incompatíveis as funções de um e de outro (arts. 65, 97 e 172, § 1º). Mais ainda. O Estatuto vigente, além da instituição dos poderes legislativo, executivo e judiciário, estabeleceu em Capítulos especiais (V e VI do Título I), a criação de um órgão coordenador dos poderes, o Senado Federal, e a de 'órgãos de cooperação nas atividades governamentais', entre os quais foi colocado, em primeiro lugar, o Ministério Público. Como se vê, o Senado é um órgão que actua enre os três poderes políticos; o Ministério Público é um órgão que coopera na actividade do Governo, e por governo se deve entender aqui o Poder Executivo. É verdade que, em face do Art. 98 da Constituição, o Ministério Público na justiça eleitoral é organizado por lei especial. Mas a lei há de ajustar-se não só aos princípios explícitos do estatuto senão aos implícitos. E, entre esses, resurte evidentemente o do caráter não judicial do Ministério Público, já deante dos dispositivos constitucionales acima citados, já em face da natureza jurídico-política desse instituto, considerado pela nossa Lei Fundamental como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais. (...) tratando-se, como se trata de órgão de 'cooperação na actividade do Governo', devem seus representantes, ser a expressão da confiança directa do Governo¹⁰¹.

De se notar, inclusive, que este entender presidencial não tardaria a ser institucionalizado na Carta outorgada em 1937, cuja única previsão mantida em relação ao Ministério Público foi a relacionada à competência privativa do Presidente da República para proceder a livre nomeação e demissão do Procurador-Geral da República¹⁰².

É certo que esta natureza jurídica assumida pelo Ministério Público em ambos os períodos – de “órgão de cooperação nas atividades governamentais” – potencializou ainda mais sua atuação criminal repressiva.

Não por outra razão que foi sob a égide da Carta ditatorial de 1937, que o Ministério Público viu alargado o seu campo de atuação criminal, principalmente, com o advento do Código de Processo Penal, em 03 de outubro de 1941, no qual, por exemplo, adveio a previsão do poder de requisição de inquérito policial e de diligências para a apuração de delitos, passando a ser regra, ademais, sua titularidade na promoção da ação penal pública.

Sob esta perspectiva, portanto, torna-se difícil enxergar um Ministério Público que se coadune com todas as *características norteadoras* outrora lançadas até a vinda da Constituição posterior a Era Vargas. Ou seja, não seria exagero

¹⁰¹ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 141-142, nota 163).

¹⁰² Com o golpe de estado de 10 de novembro de 1937, restou usurpada pelo Executivo a função legiferante do Senado da República, da Câmara Federal, das Assembléias estaduais e das Câmaras municipais. Natural, portanto, ter sido suprimida a regra contida no parágrafo 1º do artigo

afirmar que, em *terrae brasiliis*, a existência de uma estrutura estatal individualizada, vinculada a defesa da legalidade **e dos interesses gerais**, cuja função primordial e identificadora seria a acusatória, só teria passado a existir a partir da Constituição de 1946¹⁰³.

Antes disto, de forma geral, o que se tinha era um Ministério Público servindo de instrumento à estrutura política governamental de momento.

Daí compreender-se que só com o advento da Constituição de 1946 é que viria a se consolidar a independência do Ministério Público em relação aos demais órgãos governamentais, apartando-o da esfera de abrangência de qualquer dos Poderes do Estado¹⁰⁴. O perfil republicano da instituição que se pregava desde o final do século XIX seria, então, finalmente inaugurado.

No mesmo sentido, é o entendimento de Sauwen Filho, ao concluir que “a Constituição da União, de 18 de setembro de 1946, de inspiração acentuadamente democrática, trouxe para o Ministério Público, como instituição, um relevo até então desconhecido”¹⁰⁵.

Este primeiro perfil republicano perduraria até a Constituição de 1967, texto resultante de um ato de força perpetrado na esteira do golpe militar de 31 de março de 1964 e, por meio do qual, restou inaugurado um interregno no perfil ministerial que vinha existindo até então, cuja duração se estenderia pelo regime da Emenda outorgada de 1969 que, ao cuidar do Ministério Público dentro do capítulo “do Poder

95 da Constituição de 1934, que condicionava a nomeação do Chefe do Ministério Público à aprovação de sua indicação pelo Senado Federal.

¹⁰³ Após longa digressão histórica, chega a mesma conclusão SAUWEN FILHO: “resta evidenciado que, no Brasil, pelo menos até a promulgação da Carta de 1946, o Ministério Público seria considerado, tratado e utilizado pelos governantes como instrumento de sua política e, muito embora houvesse na doutrina algumas vozes discordantes desse entendimento, o fato é que a maioria dos autores, sem sufragar esse modo de agir do Estado, aceitavam-no como fato consumado, negando os processualistas da época maior importância ao Ministério Público” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 142).

¹⁰⁴ De se notar, porém, destacar o autor que o artigo 126 da Constituição, de certa forma, “abrandava a independência da Instituição ao prescrever a sua nomeação (do Procurador-Geral da República) por escolha do Presidente da República, dentre os cidadãos com os mesmos requisitos exigidos para a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, após aprovação do nome do escolhido pelo Senado Federal, e permitindo a sua exoneração *ad nutum*” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 148-149).

¹⁰⁵ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 151.

Executivo”, não deixava dúvidas quanto à real intenção dos governantes da época “de transformar a Instituição num órgão de atuação de sua política autoritária”^{106,107}.

Se a partir de 1946, ao menos potencialmente, teria sido inaugurado um perfil ministerial capaz de romper com a atuação criminal exclusivamente repressiva da instituição, esta nova assunção pela instituição de “órgão de atuação de política autoritária” fez com que se retomasse, de forma automática, o viés repressivo de sempre, quiçá de uma forma ainda mais acentuada. Não por outra razão, conclui Sauwen Filho que:

[...] durante esse período, o Ministério Público deixou de existir como instituição encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...) o que lhe foi acrescido em funções, com o conseqüente aumento de sua força, refletiu-se precipuamente no seu aspecto de órgão de atuação da vontade política do Poder Executivo, enquanto suas funções relativas à defesa da sociedade, guardião da lei e defensor dos interesses sociais individuais indisponíveis, sempre à mercê do arbítrio dos governantes, e que se constituem na marca característica dos *Parquets* nas modernas sociedades democráticas, foram, se não anuladas, pelo menos relegadas a segundo plano, por incompatíveis com o que do Ministério Público esperava o Governo da Revolução¹⁰⁸.

1.2 UM NOVO PERFIL NORMATIVO PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NO ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO CRIMINAL

É neste passo que se mostra autorizado fazer menção à “assunção de um novo perfil” pelo Ministério Público somente com a vinda dos movimentos que

¹⁰⁶ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 159-160. Ressalta o autor que, embora o texto da Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969 tenha praticamente repetido o tratamento dispensado pela Constituição anterior à instituição, trata-se de mera aparência: “nota-se, de início, a migração da Instituição da esfera do Poder Judiciário para a do Poder Executivo, passando de auxiliar daquele a órgão de atuação deste Poder”.

¹⁰⁷ Exemplo expresso desta finalidade era o artigo 154, que previa como atribuição do chefe do Ministério Público Federal a de requerer a suspensão de direitos políticos. No dizer de SAUWEN FILHO “só este dispositivo seria suficiente para demonstrar, de forma cabal, o desvirtuamento do Ministério Público durante o regime autoritário da Emenda outorgada. Como conciliar a função do Ministério Público de salvaguarda dos direitos e interesses indisponíveis, dentre os quais ressalta o exercício pleno da cidadania, com a norma constitucional que entregava ao Chefe do *Parquet* a iniciativa de privar os cidadãos contrários à orientação política do Governo de seus direitos políticos?” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 163).

¹⁰⁸ SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 163-164.

eclodiram na Constituição de 1988. Perfil este que, inclusive, haveria de se refletir na atuação criminal do Ministério Público pátrio.

De fato, ultrapassado o período inicial do regime constitucional implantado pela Emenda de 1969, o que se viu foi um progressivo caminhar no sentido da mudança do perfil institucional.

Informa JATAHY que, na verdade, já a partir da Emenda Constitucional nº 07 de 1977 teria restado viabilizada a implantação deste “novo perfil à Instituição”¹⁰⁹, pois foi com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 96 da Constituição então em vigor que se possibilitou a edição da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, a primeira legislação que definiu o Ministério Público como instituição “permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das Leis”, texto que seria de certa forma trasladado para a Constituição de 1988.

Não por outra razão que, antes mesmo das previsões do artigo 129 da Constituição de 1988, como forma de instrumentalizar “a defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade” a que fazia referência a LC 40/81, foi promulgada em 1985 a Lei nº 7.347 que disciplinou a ação civil pública conferindo ao Ministério Público pátrio a legitimidade para a tutela dos chamados interesses transindividuais. No dizer de Jatahy,

[...] a partir de tal diploma legal, foi criado um canal para o tratamento judicial das grandes questões do direito de massas, dos novos conflitos sociais coletivos de caráter urbano, conferindo-se ao Ministério Público o poder de instaurar e presidir inquéritos civis sempre que houvesse dano a interesse ambiental, paisagístico ou do consumidor. Nessa nova fase, o membro do Ministério Público passa a atuar como verdadeiro advogado da sociedade, na proteção da interesses transindividuais e na qualidade de indutor da transformação social.¹¹⁰

Tem-se, assim, que após o seu primeiro perfil republicano trazido na Constituição de 1946, o Ministério Público brasileiro somente viria a se mostrar novamente com igual tendência a partir da década de 80 do século passado. Se, porém, na primeira oportunidade (1946) aquele perfil não implicou em significativa

¹⁰⁹ JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

alteração na tradicional forma de atuação criminal da instituição, nesta segunda foram trazidos elementos que fizeram com que fosse possível não somente uma reanálise da sua atuação criminal, como também permitiram vislumbrar a potencialidade de uma atuação extrapenal com reflexos positivos no enfrentamento do fenômeno criminal.

Desta forma, ao lado das suas primordiais e tradicionais funções afetas à persecução criminal¹¹¹, identifica-se na própria Constituição de 1988 a existência de instrumentos que foram entregues ao Ministério Público com foco em uma proteção de interesses voltados à coletividade considerada em seu todo, os quais fizeram com que o uso das expressões relacionadas à “proteção de direitos difusos e coletivos”, “proteção de interesses transindividuais ou metaindividuais”, e ainda ao “controle externo das atividades policiais” assumisse a ordem do dia¹¹², causando uma expressiva *revolução*¹¹³ nas atribuições ministeriais. No dizer de Maria Tereza Aina Sadek:

A Constituição de 1988 alçou o Ministério Público a uma posição de extrema relevância no sistema de Justiça e no cenário político. A instituição foi engrandecida em suas atribuições, transformando-se, em consequência, em ator público de primeira grandeza. O texto constitucional conferiu à instituição amplas obrigações, contemplando desde sua função mais tradicional – a ação penal –, até a defesa de variados direitos sociais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹¹⁴

¹¹¹ Neste ponto, foi enfática a previsão do inciso I do artigo 129 da Constituição de 1988, ao estabelecer na abertura do rol das funções institucionais a de “I - promover, privativamente, a ação penal pública”, bem como a do inciso VIII com a de “VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

¹¹² Neste sentido, são claras as previsões do inciso III do mesmo artigo 129 da Constituição, ao estabelecer a função de: “III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (deixando de estipular qualquer limitação em relação aos “outros interesses difusos e coletivos” que faz referência em sua parte final) e do inciso VII ao dispor ser igualmente função institucional “VII - exercer o controle externo da atividade policial”.

¹¹³ Por *revolução* compreenda-se tão somente uma *transformação radical*. Não se desconhece, porém, que na sua origem, o termo possuía significado absolutamente diverso do ora empregado. Adverte Tomás Várnagy, emérito professor de filosofia da Universidade de Buenos Aires, que “el término ‘revolución’ es ambiguo y polisémico. Fue acuñado durante El Renacimiento cuando Copérnico publica en 1543 su obra Sobre la revolución de los cuerpos celestes, con un significado puramente técnico y astronómico referido al lento, regular y cíclico movimiento de los astros. En el siglo siguiente, ‘revolución’ adquiere un significado político, indicando el retorno, una vuelta a un punto inicial desviado, a un estado precedente de cosas, a un orden preestablecido que ha sido turbado” (VÁRNAGY, Tomás. El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. In: BORÓN, Atílio A. (Comp.) *La filosofía política moderna: de Hobbes a Marx*. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA, 2000. – p. 41-76. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/moderna.html>>. Acesso em 19 mar. 2010).

¹¹⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. *Ministério Público dos Estados: uma caracterização*. In BRASIL, Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 15.

Curioso notar que, sob o aspecto sociológico, estes instrumentos nada mais foram do que reflexos do momento histórico então vivenciado não somente no Brasil, mas no ocidente de um modo geral. Faz-se tal afirmativa, diante da constatação de que, durante a segunda metade do século passado (em especial na década de 70), gradativamente, cada vez mais os ordenamentos jurídicos passaram a demonstrar uma preocupação em dar concretude à proteção, principalmente, de direitos sociais que teriam sofrido uma “multiplicação”, para usar a expressão de Norberto Bobbio de 1988¹¹⁵. Uma “multiplicação” ou “proliferação” que, segundo o autor italiano, teria ocorrido:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. (...) Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma atuação direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo *uti singulus* (...) para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto. (...) Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico (...) para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc. Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos

¹¹⁵ Já em 1964 alertava BOBBIO: “a maior parte dos governos existentes proclamou pela primeira vez, nessas décadas, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por conseguinte, depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse. Se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isso é sinal de que encontraram boas razões para fazê-lo. Por isso, agora, não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo (como querem os jusnaturalistas redivivos) a razão das razões, mas de pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos proclamados. (...) Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. (...) O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42-43).

anciãos (...). Bem entendido, esse processo de multiplicação por especificação ocorreu principalmente no âmbito dos direitos sociais.¹¹⁶

Daí se identificar que a configuração trazida pela atual Constituição ao Ministério Público também teria procurado atender a esses reclamos¹¹⁷. Afinal, é da essência do Estado Democrático de Direito instaurar “perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais e pelos instrumentos que oferece à cidadania para concretizar as exigências de um estado de Justiça social”¹¹⁸. Justamente por isto, conclui Jatahy:

Não se pode, pois, conceber um Estado Democrático de Direito sem uma instituição fortalecida, que possa realizar tal função e opor-se contra forças negativas da sociedade, neutralizando o poder econômico, quando contrário ou nocivo aos interesses sociais, e combatendo os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos.¹¹⁹

De qualquer forma, ainda que se desejasse desconsiderar este aspecto sociológico, seria forçoso reconhecer que a previsão destes novos instrumentos ministeriais e deste perfil da instituição na Constituição de 1988 não teria sido fruto de uma elaboração normativa accidental. De forma alguma. Há todo um contexto no qual os dispositivos constitucionais relacionados à instituição foram gestados.

Na verdade, a partir de uma análise da conjuntura da década de 80, o que se identifica é que esse surgimento foi absolutamente previsível diante do sentimento reinante entre os integrantes da instituição e, principalmente, das circunstâncias então vivenciadas na Assembléia Nacional Constituinte brasileira de então. Circunstâncias estas que, inclusive, exigem que a leitura atual destes dispositivos e das funções ministeriais arroladas pela Constituição deva ser feita de

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 83-84.

¹¹⁷ Neste sentido, assevera JATAHY que “o perfil constitucional do Ministério Público e sua legitimidade perante a sociedade o vinculam primordialmente a sua atuação como órgão agente, através dos poderosos instrumentos previstos na Constituição da República, em que se destacam o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública”, os quais, segundo o inciso III do artigo 129 da Constituição, servem “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28).

¹¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 109).

¹¹⁹ JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 72-73.

forma contextualizada, aferindo a razão pela qual as mesmas restaram definitivamente previstas no texto constitucional.

Quanto ao sentimento dos integrantes do Ministério Público de então, hoje se apresenta valiosa a pesquisa das teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo/SP, em junho de 1985, as quais foram publicadas no periódico *Justitia*, edições nº 131 e nº 131-A¹²⁰.

Dentre estas, especial atenção à tradicional atuação criminal da instituição foi dada por Walter Paulo Sabella que propunha a constitucionalização da função institucional da promoção da ação penal pública¹²¹.

No tocante à atuação social que, conforme referido, interessará para fins da pesquisa, merece menção a tese defendida por Sérgio de Andréia Ferreira, no

¹²⁰ O teor integral das mesmas pode ser acessado no sítio eletrônico <<http://www.justitia.com.br>>. Dentre as teses institucionais, especial destaque deve ser rendido à de Luiz Antonio Guimarães Marrey, Paulo Afonso Garrido de Paula e Pedro Falabella de Lima que deixava evidente a percepção da necessidade de mudança nas funções institucionais, sob pena de manter-se o perfil de “órgão de cooperação das atividades governamentais” de outrora: “No Brasil, particularmente em São Paulo, quando de uma Assembléia Geral Extraordinária da Associação Paulista do Ministério Público, iminente a edição de nossa Lei Orgânica, um grupo de Promotores de Justiça apresentou proposta no sentido de limitar a ação fiscalizadora do Ministério Público apenas àquelas leis que se revestirem de conteúdo democrático. E, como anotou José Celso de Mello Filho em artigo intitulado ‘O Ministério Público e a Legalidade Democrática’, publicado no jornal ‘O Estado de São Paulo’, em 18 de abril de 1982, ‘a Associação Paulista do Ministério Público, por deliberação de sua Assembléia Geral Extraordinária tomada por maioria de votos, deverá postular uma **redefinição** do conceito de Ministério Público, a fim de que nele se passe a vislumbrar o instrumento de preservação de uma legalidade que se qualifique como essencialmente democrática. Em consequência, o Ministério Público deixará de ser o fiscal de **qualquer lei** para se converter no guardião de um ordenamento jurídico cujos fundamentos repousam na vontade do povo, legitimamente manifestada através de seus representantes. O Ministério Público, pois, deixa de fiscalizar a lei pela lei, inútil exercício de mero legalismo. Propõe-se, agora, que o Ministério Público avalie, **criticamente**, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, e neutralize, desse modo, o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, idéias e concepções vigentes na comunidade em dado momento histórico-cultural” (MARREY, Luiz Antonio Guimarães, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, e LIMA, Pedro Falabella de. **Ministério Público e a Tutela das Liberdades Públicas**. Justitia. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985, p. 319).

¹²¹ No referido trabalho, além de ponderar as desvantagens e a inaplicabilidade dos sistemas de ação penal popular e de ação penal concorrente para a realidade social brasileira, assevera o autor que: “o direito do cidadão de ser acusado por um órgão estatal independente, titularizado por agente dotado de adestramento técnico e garantias impeditivas de ingerências estranhas aos interesses da realização da justiça, constitui uma das mais importantes conquistas dos povos civilizados. Precisamente por isso, no atual estágio de desenvolvimento político e jurídico em que se encontra o país, impõe-se o avanço de mais alguns passos no sentido da consolidação dessa garantia, não bastando que legislação infra-constitucional simplesmente diga que o Ministério Público promoverá a ação penal pública. Mais que isso, é de improrrogável urgência, a constitucionalização dessa norma garantidora da liberdade, com a expressa previsão de que o exercício da grave missão acusatória tem natureza de função institucional privativa do Ministério Público” (SABELLA, Walter Paulo. **O Ministério Público ante uma nova Constituição: Propostas**. Justitia. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985, p. 181-191).

sentido de que o fortalecimento da instituição passaria necessariamente pela especial atenção às suas “raízes sociais”¹²².

Este sentimento, entretanto, por si só não seria capaz de emplacar o texto constitucional que veio a ser aprovado. Fundamental neste processo, conforme referido foram as circunstâncias, então, vivenciadas na Assembléia Nacional.

Neste ponto, muito embora seja comum afirmar-se que o constituinte não teria absoluta ciência da instituição que criava quando da aprovação da Seção referente ao Ministério Público¹²³, uma análise mais percuciente das circunstâncias existentes no curso dos trabalhos leva a crer que tal conclusão é bastante simplista e não representativa da realidade dos fatos, mormente por não refletir a complexidade dos trabalhos da Constituinte¹²⁴.

Na verdade, um estudo do processo de elaboração da Constituição de 1988 dá mostra de que o atual perfil da instituição é fruto de elementos de cultura política e de um determinado contexto histórico-político refletidos em vários pontos do próprio texto constitucional.

¹²² Na tese em questão, traz o autor previsões que em muito se assemelhavam àquelas que viriam a ser aprovadas posteriormente para a redação final do texto constitucional: “Representante da Sociedade, legítimo instrumento do Moderno Direito Social, o Ministério Público – especialmente por não ser eleito – tem de enrijecer seus laços com sua representada, o que deverá fazer, com a manutenção de escritórios, de agências, a que qualquer um da população possa acorrer, para exercer o sagrado direito de denunciar, de representar, de queixar-se, de provocar, de peticionar, inclusive no que diz respeito à atuação do próprio Ministério Público. O fortalecimento do vínculo social passa, ademais, pela chancela constitucional da legitimidade do Ministério Público, judicial e extrajudicialmente, para propor ações e promover medidas que assegurem o respeito dos direitos difusos, direitos indisponíveis, aos direitos das parcelas carentes da comunidade. (...) Ao Ministério Público devem ser assegurados os poderes de tutela auto-executória dos interesses sociais” (FERREIRA, Sérgio de Andréia. **O futuro do Ministério Público e a nova Ordem Constitucional**. Justitia. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985, p. 137-145).

¹²³ Imaginando-se que, caso assim não fosse, jamais a Assembléia Constituinte dotaria o Ministério Público do extenso rol de funções e garantias que lhe entregou, alocando-o ainda como instituição independente dos Poderes do Estado.

¹²⁴ Neste particular, informa Fábio Kerche em feliz abordagem que teriam sido apresentadas 65.000 emendas, 243 advogados entre os 559 parlamentares das mais diversas posições políticas, quase 02 anos de atividades e, especificamente no tocante à elaboração da Seção referente ao Ministério Público, teriam sido apresentados inúmeros anteprojetos, a saber: 01 anteprojeto apresentado pela Confederação Nacional do Ministério Público, 01 anteprojeto apresentado pela Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, 01 anteprojeto apresentado pelo chamado ‘Centrão’ e 08 anteprojetos apresentados pela Relatoria Geral da Assembléia Nacional Constituinte. Tudo a indicar, portanto, que teria havido profunda discussão e maturação entre a proposta inicialmente apresentada e o texto constitucional final (KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 26, abr./jun., 1999).

Muito embora boa parte deste perfil possa ser atribuída ao eficiente trabalho conduzido pela Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP)¹²⁵ – órgão classista que, não só forneceu aos constituintes uma proposta em formato de texto constitucional (a “Carta de Curitiba”)¹²⁶, como ainda desenvolveu um trabalho eficaz de acompanhamento das discussões constituintes¹²⁷ –, ressalta Fábio Kerche que a facilidade encontrada para “vender” aos constituintes a idéia de entregar a um agente não-político (o Ministério Público) a defesa dos interesses da sociedade se deve a um aspecto conjuntural e às características da cultura política. No seu dizer:

¹²⁵ Discorda-se, neste particular, da visão exposta por SAUWEN FILHO, para quem “o tratamento diferenciado que o Ministério Público recebeu do Constituinte de 1987/88 em relação às demais instituições tratadas no Capítulo IV do Título IV, Seções II e III da Constituição da União que complementam junto ao *Parquet*, o elenco das instituições que desempenham funções essenciais à Justiça, se deveu, provavelmente, mais ao empenho de seus integrantes junto à Assembléia Nacional Constituinte do que a razões de ordem técnica ou a eventual necessidade de distingui-lo das demais instituições tratadas no referido Capítulo em razão de suas características ou peculiaridades” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 193).

¹²⁶ A proposta para elaboração do novo texto constitucional, oferecida pelo Ministério Público à Assembléia Constituinte, resultou do 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, realizado em junho de 1986, na capital do Paraná, sendo por isto conhecida como “Carta de Curitiba”. Ressalta SAUWEN FILHO que referida Carta figurou como “o primeiro texto nacional de consenso sobre a Instituição e serviu de base para as reivindicações institucionais da corporação na Constituinte”. Tal texto, porém, foi o resultado de um trabalho da conciliação de cinco fontes distintas: “1 – As fontes positivas, vale dizer, os principais textos legais referentes à Instituição, então em vigor, mais precisamente a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, e a Lei Complementar Federal nº 40/81; 2 – O anteprojeto apresentado pelo então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, à Comissão Afonso Arinos, da qual fazia parte; 3 – As teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em São Paulo/SP (...); 4 – O texto elaborado pela comissão designada pela Confederação Nacional do Ministério Público para a preparação do 1º Encontro Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público (...); 5 – As respostas oferecidas pelos membros do Ministério Público em todo o país à pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Ministério Público, sob a forma de questionário levada a efeito em outubro de 1985” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 169-170 e 183).

¹²⁷ Informa SAUWEN FILHO que um dos reflexos da Emenda Constitucional nº 7 de 1977 – que reconheceu a competência do Presidente da República para, de forma inédita, ditar normas para a estruturação do Ministério Público dos estados – foi despertar nos integrantes da instituição a percepção de que “o centro do poder se deslocava dos estados para a União, tornando ultrapassadas as reivindicações regionais da classe, sinalizando para a necessidade de uma consciência nacional do Ministério Público. (...) Assim, foi aos poucos se solidificando no seio da corporação a conscientização de que o Ministério Público, para atingir os ideais que então já se insinuavam, não poderia jamais ser servil a governo ou governante algum. Necessitava, sim, de uma estrutura firme, princípios definidos, contornos precisos, enquanto seus integrantes deveriam, a seu turno, possuir predicados elevados, na mesma proporção da verdadeira função da Instituição: *A defesa dos direitos e dos interesses indisponíveis da coletividade*” (SAUWEN FILHO,

O aspecto conjuntural refere-se à própria época em que os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte se desenvolveram – no fim de um período autoritário-militar que durou mais de 20 anos (1964/1985). A questão central, observando a Constituição de 1988, não era minimizar o Estado segundo os parâmetros liberais clássicos mas, sim, democratizá-lo. Essa afirmação pode ser corroborada observando-se vários aspectos como a ampliação dos direitos coletivos, mecanismos de participação direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular), entre outras.¹²⁸

Lastreando-se nos trabalhos de Maria D’Alva Kinzo sobre o processo Constituinte – a qual buscou classificar a atuação dos partidos políticos no período de feitura da Constituição, agrupando para tanto as votações, de acordo com conteúdos comuns, em governismo, conservadorismo, democratismo, nacionalismo e oposição ao sistema financeiro –, conclui Fabio Kerche que prevalecera uma **tendência democratizante** da Assembléia Constituinte, o que certamente se refletiu na construção do novo Ministério Público brasileiro.

“Tendência democratizante” esta que, a seu tempo, possibilitaria vislumbrar a existência, inclusive, de uma atuação extrapenal do Ministério Público com potenciais reflexos preventivo-criminais positivos.

Some-se a tal cenário, ainda, a identificação de que, no processo constituinte de 1987/1988, existiam *três diferentes estratos* de experiência histórica, isto é, *três idades geológicas* da cultura política brasileira que estariam presentes nos debates e, conseqüentemente, na normativa elaborada. Neste sentido, referindo-se aos trabalhos de Amaury de Souza e Bolívar Lamounier, esclarece Kerche importante aspecto que, no seu entender, é determinante para justificar a razão da estrutura atual do Ministério Público brasileiro, a saber:

O **primeiro aspecto** seria uma ‘negação indiscriminada do passado’. Ou seja, a identificação de que, dado que os direitos individuais da tradição liberal não foram suficientes para acabar com as desigualdades existentes em nossa sociedade, somado à figura fraca ou mesmo inexistente do indivíduo, seria necessária ‘a revisão das premissas individualistas do direito brasileiro’. Deste modo, além de manter as tradicionais garantias e direitos dos indivíduos, amplia-os para entidades coletivas (...). Como **segundo aspecto**, o ‘legado getulista’ também teria seu espaço na cultura política durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Por um lado o presidencialismo, com fortes traços plebiscitários, somado a uma tradição nacionalista refletida em vários pontos da Constituição (...). Por outro, uma ampliação dos direitos de cidadania, principalmente nos seus aspectos

José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 167-168).

¹²⁸ KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 26, abr./jun., 1999.

trabalhistas que, pela lógica liberal, reflete uma noção paternalista de Estado. Em outras palavras, o Estado concebido como agente privilegiado, não somente do ponto de vista da iniciativa econômica, como também da construção da cidadania. É nesta chave que se apresenta a tradição em perceber a sociedade civil como fraca e incapaz de exigir o cumprimento – ou mesmo a ampliação – de seus direitos por iniciativa própria (...). **Por fim** (...), uma posição que refletia uma alternativa à participação política exclusivamente através da representação política via partidos políticos/parlamentares. ‘Deu-se ao princípio participativo uma definição muito mais forte, colocando-o virtualmente em pé de igualdade com a democracia representativa. Os legisladores não apenas tornaram o princípio participativo operante nos níveis Legislativo e Judiciário, como também o adotaram como norma programática no Poder Executivo, em diversas situações administrativas’. Assim, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular foram previstos na Constituição. Em relação ao Judiciário, houve a legitimação de agentes coletivos contrariamente a uma tradição individualista-liberal. Cria-se, portanto, instrumentos onde não se faz necessário uma intermediação entre sociedade civil e Estado (...) em um sentido de reforço e de construção de uma cidadania não dependente.¹²⁹

Consequentemente, diante de tal cenário, resta mais claro identificar que o desenho constitucional do Ministério Público brasileiro atendia exatamente aos mencionados *três estratos*.

Conforme conclui o mesmo Fábio Kerche¹³⁰, o Ministério Público teria restado com uma configuração normativa que, a um só tempo, demonstraria sua condição:

- De agente privilegiado na defesa dos interesses coletivos, representando a referida *negação do passado*;
- De agente estatal privilegiado nas relações sociais, inclusive sob o aspecto paternalista, dando mostras do *legado getulista*; e
- De instrumento de reforço da cidadania, rompendo com o modelo liberal-clássico de representação política via partidos políticos.

Reforça tal contextualização Paulo César Busato ao ressaltar “o interesse político constitucional [então dominante] de fazer com que o Ministério Público

¹²⁹ KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 26, abr./jun., 1999, p. 242-244 (sem grifo no original).

¹³⁰ KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 26, abr./jun., 1999, p. 244.

atuasse ombro a ombro em favor dos pólos considerados frágeis dentro das relações sociais”¹³¹.

No mesmo sentir, é a conclusão de Enzo Bello, para quem a partir de 1988 o Ministério Público teria passado a possuir “um *status* ao mesmo tempo de garantidor e de empreendedor da democracia no Brasil”¹³², assumindo desta forma duas missões concomitantes e convergentes.

Por um lado, a de resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, dos grupos desfavorecidos e das minorias frente ao arbítrio do Estado. Por outro, a de fazer com que sejam implementadas, na prática, as prestações positivas estatais e comunitárias destinadas aos avanços sociais propostos pelo texto programático e dirigente de 1988.

Sendo assim, se é certo que a assunção deste novo perfil pelo Ministério Público gerou reflexos na seara criminal, interferindo de forma fundamental nas tradicionais atribuições da instituição¹³³, igualmente é certo que inaugurou um campo de atuação até então ignorado ou até mesmo inexistente, ao menos sob a perspectiva ora apresentada.

Sem dúvida, a partir deste desenho constitucional, foi previsível passar-se a afirmar caber ao Ministério Público o papel de **agente de transformação social**, ao qual faz referência Jatahy¹³⁴. Até porque, segundo este autor, é exatamente esta a função que corresponde ao *plus* diferenciador da atuação ministerial num Estado verdadeiramente Democrático de Direito. No seu dizer:

Quando assume a condição de democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e não mais lhe basta a limitação à atividade do Estado nem a promoção de atuação estatal. A democracia, como realizadora dos valores da convivência humana, é conceito bem mais abrangente do que o

¹³¹ BUSATO, Paulo César. **O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://advocacia.pasold.adv.br>>. Acesso em 05.jan.2009.

¹³² BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295.

¹³³ Neste particular, conforme anteriormente antecipado, o enfrentamento pormenorizado das implicações da base principiológica normatizada na Constituição da República de 1988 na atuação processual criminal do Ministério Público certamente fugiria aos propósitos do presente trabalho. De qualquer forma, uma primeira aproximação ao tema pode ser conferida em CARUNCHO, Alexey Choi. Reflexos constitucionais na intervenção criminal do Ministério Público brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba: Centro Universitário Franciscano do Paraná, v.1, nº 1, jul./dez., 2009, p. 139-164.

¹³⁴ JATAHY, Carlos Roberto de C. *20 anos de Constituição: o Novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito*. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.3-16.

Estado de Direito, cunhado pelo liberalismo. Há um propósito solidário, até então inexistente, que inclui solucionar os problemas da vida individual e coletiva. (...) Mas para sua plena execução, indispensável a existência de um órgão, encarregado de postular pela **transformação social** tão esperada no novo modelo estatal¹³⁵.

Conforme pontual citação da obra de Antônio Alberto Machado, destaca Bello que, uma vez consciente desse seu papel na construção da democracia, atuando em meio às relações de poder que governam a sociedade, ao Ministério Público parece não haver outra alternativa, senão:

[...] funcionar como canal de acesso à justiça para as camadas populares na defesa de direitos fundamentais, assumindo assim, como uma de suas funções institucionais, a defesa jurídico-política dos direitos humanos ou sociais formalmente assegurados pela nova ordem constitucional¹³⁶.

Tudo de modo a concluir que, sob um ponto de vista histórico e conjuntural, o atual perfil normativo-constitucional do Ministério Público brasileiro representa uma verdadeira síntese dos vários aspectos que marcaram a construção da Constituição da República de 1988.

Além disto, a partir desta configuração diferenciada e peculiar, no que toca à preocupação com o fenômeno criminal analisado sob um aspecto macro, ao Ministério Público brasileiro não mais é admissível uma mera atuação criminal autômata e alheia à conjuntura atual.

Todo o arcabouço que contribuiu na construção da sua atual estrutura fez com que a instituição ministerial assumisse a estratégica função de defensor do regime estatal democrático, do qual decorre esse seu perfil de *agente de transformação da realidade social*.

¹³⁵ JATAHY, Carlos Roberto de C. *20 anos de Constituição: o Novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito*. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.7. Com base em Elias Díaz, complementa o autor, ainda, que “há que se fazer distinção entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito: o primeiro se caracteriza pela atitude paternalista do Estado, que assume a função de produtor de bens e serviços e o segundo, pela tendência à transformação da ordem estabelecida, o que pressupõe a participação da sociedade, gerando o seu caráter democrático” (*Ibidem*, p. 6).

¹³⁶ BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295.

CAPÍTULO 2

O CRIME COMO FENOMENO SOCIAL

Ao advertir o peso do modismo e do senso comum sobre tudo o que se diz a respeito do *crime*¹³⁷, Philippe Robert ressalta a importância de o sociólogo criminal “definir metodicamente as bases e caminhos dessa área do conhecimento. Tanto mais porque esse capítulo das ciências sociais tem se mostrado decepcionante”¹³⁸. Refere-se o autor à circunstância de que, embora os estudos voltados especificamente à área tenham se iniciado há mais de um século e “todos os modelos imagináveis para a ‘explicação’ do crime já havendo sido aplicados, não se percebe um progresso real do conhecimento. Tem-se a sensação duma história imóvel, onde todas as hipóteses podem ressurgir sob vestes pouco atualizadas”¹³⁹.

Apesar do ceticismo desta abordagem, há de se concordar que, de fato, quando se trata de estudo do crime como fenômeno social, “agimos como se todos soubessem do que se trata e como se esse conhecimento de senso comum fornecesse um ponto de partida suficientemente sólido”¹⁴⁰.

Daí advertir o mesmo Philippe Robert para o risco que há em negligenciar na construção desse objeto de estudo, pois o crime, como qualquer objeto social, demanda um estudo que, de início, apreenda suas especificidades, o traço comum nas suas manifestações, aquilo que venha a distingui-lo dos outros objetos¹⁴¹. Na sua visão, “o movimento criminológico falhou amplamente nesse objetivo: construir

¹³⁷ Para os fins deste estudo, os termos “crime”, “delito”, “infração penal” e “criminalidade” serão assumidos como expressões sinônimas, sem se desconhecer, porém, as vantagens da utilização do último, bem ressaltadas por MUÑOZ CONDE e HASSEMER: “Caso se questione, hoje em dia, qual o objeto da Criminologia, ninguém terá dúvidas em responder que é o estudo (empírico) da criminalidade, entendendo tal como ‘o conjunto de todas as ações e omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial’. Neste sentido, considera-se preferível utilizar, neste âmbito, o termo ‘criminalidade’ em que de ‘delito’, porque aquele evoca uma consideração global mais adequada para descrever o objeto da Criminologia como ciência de caráter social do que individual, a que se alude o termo ‘delito’” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.7-8).

¹³⁸ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 09.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 09.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 09-10.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 10.

uma disciplina acerca de apenas um objeto não permite a percepção de sua especificidade pela comparação com os demais”¹⁴².

A análise, conforme visto é desalentadora, principalmente quando se percebe que, no mínimo, há mais de um século o crime vem sendo estudado pela ciência¹⁴³ que se convencionou chamar de Criminologia¹⁴⁴. Pretendia-se, portanto, pudesse ser ela o porto seguro no estudo do crime como fenômeno social.

De qualquer forma, se o alerta é desanimador, por certo serve para reforçar que não há uma corrente criminológica definitiva, aceita como aquela que atingiu o ápice do conhecimento a respeito do fenômeno crime¹⁴⁵. Em absoluto, resta

¹⁴² ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 10.

¹⁴³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA define a Criminologia como “ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de atuação positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito. (...) A Criminologia é uma *ciência*. Reúne uma informação válida, confiável e contrastada sobre o problema criminal, que é obtida graças a um método (empírico) que se baseia na análise e observação da realidade. Não se trata, pois, de uma ‘arte’ ou de uma ‘práxis’, senão de uma genuína ‘ciência’. Precisamente por isso a Criminologia dispõe de um objeto de conhecimento próprio, de um método ou métodos e de um sólido corpo doutrinário sobre o fenômeno delitivo, confirmado, por certo, por mais de um século de investigações” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.39-41).

¹⁴⁴ No mesmo sentido MUÑOZ CONDE e HASSEMER: “de todos os saberes empíricos que subministram dados para elaborar as decisões e teorias jurídicas, o mais complexo e confuso é o que tem relação com a criminalidade, suas causas e efeitos, e com suas formas de controle social. *A Criminologia*, que é a Ciência que deveria subministrar e englobar todo este saber, se encontra, todavia, engatinhando, e apesar de sua mais que centenária existência segue ainda sem resolver ou explicar satisfatoriamente a maioria dos enigmas e problemas suscitados por seu principal objeto de estudo: a criminalidade. Quiçá porque esse objeto se limita a uma observação puramente empírica, quiçá porque sua própria realidade tem muitas caras que não podem ser analisadas ou estudadas desde um ponto de vista unitário ou unidimensional, quiçá porque sua própria existência é também um produto normativo que, como tal, não pode ser objeto de um estudo estático e imutável sem levar em consideração o espaço e o tempo, como as leis tautológicas da matemática, física e química” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.6).

¹⁴⁵ Enfática advertência é realizada por MUÑOZ CONDE e HASSEMER, ao ressaltarem que “atualmente, segue sendo uma missão impossível dar uma explicação satisfatória e única para a criminalidade e suas causas, ou das razões pelas quais se chega a ser delinqüente ou vítima de um delito, entre outras coisas pelo próprio condicionamento histórico, ideológico e cultural destas realidades que dificultam uma visão abstrata e com pretensão de validade universal e, ao mesmo tempo, pela pluralidade de aspectos e fatores concorrentes, impossíveis de reconduzir a um denominador comum que não seja uma vaga e demasiadamente abstrata invocação à própria condição humana de todos os envolvidos neste tipo de problema” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.20-21). Em igual sentido HASSEMER ao advertir que a criminologia “ainda esta longe de oferecer um conhecimento seguro sobre o autor, que não seja apenas empiricamente, mas, também teoricamente assegurado” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos**

bastante claro que a história das diversas correntes criminológicas ainda esta em constante escrita, ora em evolução, ora em aparente regressão¹⁴⁶.

Adverte Gabriel Inácio Anitua que embora seja costume pensar a história como se estivesse no final de um processo de avanço, mediante progressos e quiçá rupturas ou mudanças de paradigma, na realidade, muitos dos discursos criminológicos são contemporâneos no tempo presente:

Além do mais, inclusive aqueles que surgem em momentos anteriores não são eliminados por aqueles que aparecem num momento histórico posterior, mas sim permanecem de forma manifesta ou latente. Os discursos desta *História dos pensamentos criminológicos* persistem na atualidade, embora alguns deles tenham mudado suas formas de expressão – em parte, sim, pelas críticas recebidas dos outros discursos – sem mudar o fundamento que os sustentava¹⁴⁷.

Até porque, como ressalta Salo de Carvalho, “a unidade do pensamento criminológico nunca existiu, pois logo depois de seu surgimento inúmeras e diferenciadas correntes foram desenvolvidas”¹⁴⁸. Daí se entender que, diante da fragilidade do discurso criminológico, seria mais correto falar-se em *criminologias*¹⁴⁹.

fundamentos do direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 93).

¹⁴⁶ Não por outra razão que, logo na apresentação de obra clássica sobre o tema, Cíntia Toledo Miranda Chaves, ancorada nas conclusões de MUÑOZ CONDE e HASSEMER, adverte não existir “uma teoria criminológica, nem qualquer forma de controle da criminalidade que possa pretender uma validade absoluta, sem cair nos erros que possam comprometer a própria construção e/ou consolidação do Estado Democrático. As várias tendências opostas que hoje se enfrentam buscando cumprir esta tarefa não podem, sem embargo, conforme ressaltado inúmeras vezes, ser analisadas fora de um contexto político, histórico, econômico e social. A primazia do Direito Penal Democrático sobre o Direito Penal do Terror, hoje tão em voga no Brasil, irá depender da ‘evolução da economia, das relações de produção e do progresso da luta pelos direitos fundamentais’ (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.XX).

¹⁴⁷ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.17.

¹⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

¹⁴⁹ Atente-se que, por esta perspectiva, coloca-se em cheque a própria *condição de ciência* da criminologia, conforme referido há pouco. No dizer de Salo de Carvalho, importa “pontuar que, diferentemente das disciplinas dogmáticas atreladas ao formalismo (dogmatismo), não houve (sequer há) padronização, ou seja, inexiste “a” criminologia. Há criminologias, entendidas como pluralidade de discursos sobre o crime, o criminoso, a vítima, a criminalidade, os processos de criminalização e as violências institucionais produzidas pelo sistema penal. A premissa permite, inclusive, sustentar a fragilidade epistemológica de qualquer discurso criminológico que se pretenda científico, visto não ser factível a visualização dos pressupostos mínimos que possam auferir esta qualificação – v.g. unidade e coerência metodológica, definição de objeto, delimitação de horizontes de pesquisa, direcionamento teleológico das investigações” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6. No mesmos sentido é a posição de Adolfo Ceretti, referido por Artur de Brito Gueiros Souza, ao prefaciá-la obra de ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 14).

Tal conclusão só aumenta o cuidado que se deve ter no estudo do tema, fazendo com que as diversas correntes criminológicas, isto é, as diversas *criminologias* sejam aceitas com reservas. Longe de representarem verdades consolidadas, demonstram a importância da continuidade das investigações interdisciplinares na área, ancorando-se nos mais diversos saberes, sempre, porém, abdicando da idéia de que “um saber possa estar a serviço de outro”¹⁵⁰.

Essa complexidade do(s) estudo(s) criminológico(s) faz com que se limite o foco de atenção do presente capítulo, primordialmente, no que diz respeito à função exercida pelas *agências de controle social formal*.

Com efeito, em respeito aos recortes indicados na parte introdutória do trabalho e ciente das limitações deste espaço, evidencia-se que uma abordagem do fenômeno criminal sob seus mais diversos aspectos (o crime, o criminoso, a vítima, os processos de criminalização e a atuação das agências de controle social) fugiria em muito aos propósitos do estudo¹⁵¹. E isto até por força da fragmentação cada vez mais presente na criminologia contemporânea¹⁵².

Desta forma, o que interessará será identificar o ponto de contato existente entre o crime como fenômeno social e a atuação das *agências de controle social formal*.

¹⁵⁰ “A condição mínima para que se possam realizar investigações interdisciplinares é dotar os sujeitos interlocutores de condições similares de fala, ou seja, abdicar da idéia de estar um saber a serviço do outro. Significa, sobretudo, respeito às diferenças inerentes aos saberes. (...) Nas ciências criminais, torna-se evidente a sujeição ao direito penal de todas as disciplinas alienígenas que investigam o crime, a vítima, o criminoso, a criminalidade, os processos de criminalização e a atuação das agências de controle social formal. Todavia, este modelo arquitetônico de saber, no qual o direito penal encontra-se em posição privilegiada, impossibilita a interdisciplinaridade, pois para que esta possa ser atingida prescinde que todas as disciplinas estejam abertas para críticas advindas do exterior. A incorporação das críticas exógenas oxigena a área de conhecimento, permite autocrítica e fomenta seu desenvolvimento” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-16).

¹⁵¹ As referências que podem ser citadas são as obras de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; e de ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

¹⁵² Discorrendo sobre esta *condição crônica* da criminologia, Salo de Carvalho destaca que, na contemporaneidade, ganha corpo uma criminologia intitulada *pós-moderna*, a qual, fruto da filosofia da linguagem, retira do “foco central da discussão os tradicionais objetos de análise – crime, criminoso, reação social, instituições de controle, poder político e econômico –, inserindo na investigação a formação da linguagem da criminalização e do controle. A pesquisa sobre a formação lingüística e as formas de produção, de proliferação e de relocação dos discursos que se estabelecem nos processos de criminalização formal (primária e secundária) e informal, amplia as fronteiras do pensamento criminológico, reforçando a idéia de fragmentação. Nova tarefa, portanto, é agregada ao trabalho dos investigadores do campo criminológico: análise e crítica da *gramática do crime*”. Citando os estudos de Arrigo e Bernard, ressalta que o *pós-modernismo* “abarca, de forma ostensiva, pauta significativamente mais crítica do que aquela apresentada pela

Para tanto, essencial compreender que, embora várias sejam as instâncias que contribuem para a efetivação do controle social (sistema educativo, família, clubes, associações religiosas, etc.)¹⁵³, há algumas de natureza estatal que, em termos penais, serão responsáveis pela seleção das condutas que merecem tipificação e outras que figurarão como instrumentos de reação “a condutas que violam os princípios e regras do ordenamento social”¹⁵⁴.

É necessária a referência, neste ponto, àquilo que Zaffaroni e Pierangeli chamam de *controle social institucionalizado*, o qual surge desde o momento em que

[...] se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.¹⁵⁵

Sendo assim, enquanto o controle social *informal* corresponderá ao difuso, “diluído, espreado na sociedade”¹⁵⁶, habitando, às vezes, “o terreno do subliminar, através de entes aparentemente desvinculados do controle social, como a família, a educação, a medicina, a mídia, a ideologia, a religião e a ciência”¹⁵⁷, o controle social formal é o explícito, que se desenvolve pelas instituições estatais.

Nessa perspectiva temos uma subdivisão do controle social institucionalizado, que se desdobra em duas modalidades: a não punitiva (que abrange o direito privado) e a punitiva (que abarca o direito público). A modalidade punitiva compreende duas sub-categorias, a formalmente não-punitiva (com destaque para a institucionalização do discurso não punitivo, como: manicômios, asilos e orfanatos) e a formalmente punitiva (com o discurso punitivo, a exemplo do sistema penal).¹⁵⁸

criminologia radical”, argüindo que “a linguagem estrutura o pensamento” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28).

¹⁵³ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos pra um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 66.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

¹⁵⁶ PEDRINA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

¹⁵⁸ PEDRINA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13-14. A título de complemento, lembra a autora, ainda, que “a criminalização primária consiste na vigência de uma lei incriminadora. Já a criminalização secundária consubstancia-se na atuação de agências de repressão, em concordância com a criminalização primária, como policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários” (PEDRINA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, nota 38).

Haverá de se ter sempre presente, porém, a advertência de García-Pablos de Molina no sentido de não se pretender incorrer no equívoco de querer conferir ao controle social uma eficácia *criadora* da criminalidade¹⁵⁹.

Deseja-se, isto sim, identificar a função das agências de controle social formal na *configuração* da criminalidade, acreditando-se que, desta forma, se estará apto a prosseguir na pesquisa inicialmente traçada. Até porque, como destaca Salo de Carvalho:

Não obstante qualquer pretensão cartesiana de propor método de ensino das ciências criminais, importante assinalar a necessidade de suscitar o pensamento criminológico na condição de ferramenta de leitura da realidade. A criminologia, portanto, enunciada como recurso interpretativo dos sintomas contemporâneos e não como método ou técnica para estudo dos seus objetos referenciais (crime, criminoso, vítima, sistema criminalizador) ou como objeto mesmo de estudo, confundindo-se a história da criminologia com a criminologia mesma. Necessário, pois, avançar no sentido de pensar *com* a criminologia e não restar limitado à sua descrição histórica e/ou ao desenvolvimento de suas principais teorias¹⁶⁰.

A evidência que, por força deste recorte, mais do que a criminalidade em si e suas causas, ao estudo interessará o processo de criminalização, as razões pelas quais uma pessoa chega a ser definida como criminosa.

De modo que, sem embargo da relevância do estudo das teorias etiológicas – tanto sob o foco da *microcriminologia* quanto o da *macrocriminologia* – assumirão preponderante interesse para a pesquisa as teorias definicionistas, conforme nomenclaturas utilizadas por Muñoz Conde e Hassemer¹⁶¹. Sempre analisando-as,

¹⁵⁹ “grave é o reparo que merecem os teóricos do *labelling approach* quando definem o crime como mero subproduto final do controle social. Este exerce, sem dúvida, um papel relevante na configuração efetiva da criminalidade. E sua atuação é seletiva, discriminatória. Porém, conferir ao controle social eficácia “constitutiva”, isto é, criadora, da criminalidade é o mesmo que negar toda consistência e autonomia ao conceito de delito, impossibilitando a análise teórica sobre sua definição, etiologia, prevenção, etc” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70).

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9. “A pluralidade de discursos criminológicos, com a conseqüente diversidade de objetos e de técnicas de pesquisa, tornou ilimitadas as possibilidades de exploração, podendo voltar sua atenção ao criminoso, à vítima, à criminalidade, à criminalização, à atuação das agências de punitividade, aos desvios não criminalizados e, inclusive, ao delito e ao próprio discurso dogmático” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10).

¹⁶¹ Esclarecem MUÑOZ CONDE e HASSEMER que “praticamente quase todas as teorias existentes sobre a criminalidade e suas causas (*teorias etiológicas*) são teorias ou hipóteses sobre por que se chega a ser delinquente, ou seja, autor de um delito. A ênfase aos aspectos individuais, biológicos ou psicológicos na gênese do delito dão lugar a uma *Microcriminologia*, cujo enfoque se dirige fundamentalmente ao autor do delito, bem o considerando individualmente, bem o situando

porém, com a advertência de Enrique Del Percio, no sentido de que “la teoría sirve para entender la realidad, pero no es la realidad”¹⁶².

2.1 O CRIME E O CRIMINOSO

É recorrente na doutrina o entendimento de que a criminologia, em seu início, constituiu-se como uma ciência “do criminoso”, e não propriamente “do crime”, até por força do contexto histórico-ideológico que já vinha sendo implantado de longa data e restou incrementado com o Estado moderno. De fato, esclarece Anitua que, desde o surgimento da figura do Estado no Século XIII, a vítima e a comunidade viram-se expropriadas do papel que exerciam no conflito penal¹⁶³, o que implicou em uma *neutralização* da sua reação individual e da própria vingança pessoal¹⁶⁴.

no grupo social onde vive e onde aprende os complexos processos socializadores e onde surgem os conflitos delitivos. A acentuada ênfase aos aspectos sociais na gênese do delito dão lugar a uma *Macrocriminologia*, que se ocupa mais da análise estrutural da sociedade na qual surge o delito. A característica principal do enfoque etiológico é que pretende explicar a criminalidade como resultado de uma série de causas biológicas, psicológicas ou sociais” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.20).

¹⁶² “Así como un plano sirve para ubicarnos en la ciudad pero no es la ciudad. (...) Además, tampoco es aconsejable confundir el plano de la ciudad con la ciudad en sí misma, como tantas veces nos pasa a los que trabajamos en ciencias sociales: cuando la realidad no encaja en lo que estudiamos en los manuales, tendemos a creer que la realidad se equivoca” (DEL PERCIO, Enrique. *Seguridad sustentable: más allá (o más acá) del crimen y el castigo*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuicio, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPAL, 2010, p. 27-65).

¹⁶³ “Os encarregados de exercer a violência que o Estado nascente estaria ‘legitimado’ a colocar em prática seriam, igualmente, funcionários instruídos. Para essa legitimação, esses mesmos funcionários estariam também encarregados de criar um corpo teórico ou um pensamento. De acordo com isso, e com modelos que, como se verá, a Igreja imporia, afirmou-se a busca de ofício e vítima e comunidade viram-se despossuídas de seu papel no processo de resolução de conflitos. Mais do que usurpar a função jurisdicional, o Estado e o Direito – o rei e seus juristas especializados – apropriaram-se das relações de poder interpessoais, do próprio conflito. O monopólio estatal do *ius puniendi* significa que não se substituíam somente a sociedade em assembléia, mas também as vítimas de sua reclamação, e em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.42-43).

¹⁶⁴ “O moderno Direito penal dos países civilizados é um direito público, que trata precisamente de impedir que a vítima faça justiça com as próprias mãos, neutralizando sua reação individual ou vingança pessoal, mas também, impedindo que disponha por capricho da perseguição do delito e do castigo do delinquente, concedendo perdão ao delinquente em troca da satisfação ou reparação de seus interesses particulares violados pelo delito. O direito penal vive, portanto, da neutralização da vítima, deixando para ela um reduzido papel na perseguição e no castigo do delito” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.18).

Natural, portanto que, num primeiro momento, o interesse criminológico se deslocasse para o conhecimento empírico do autor do delito, já que principal protagonista do processo penal e pessoa sobre a qual vinha recaindo a sanção penal. Nesse sentido, identifica-se que “quase todas as teorias e hipóteses criminológicas são elucubrações mais ou menos fundadas cientificamente sobre o autor do delito e sobre as possibilidades de incidir em seu comportamento tanto com medidas preventivas quanto repressivas”¹⁶⁵.

De qualquer forma, analisando-se aquele período inicial, o que se percebe é que a ambição foi a de abrir um capítulo no estudo do comportamento humano, baseando-se para tanto no que viria a se denominar *antropologia criminal*¹⁶⁶. Explica Robert que “a disciplina era inteiramente consagrada a descobrir por que certos indivíduos cometem crimes e qual característica os diferencia dos demais”¹⁶⁷.

Longe de ser estudado pelas ciências sociais, o crime era visto pela ótica exclusiva das ciências humanas. Ou seja, ao invés de ser tido apenas como *fenômeno social*, o crime era tido como um *desvio individual*¹⁶⁸. Previsível, assim, que toda a construção teórica de então tenha sido no sentido da identificação dos *desviantes*.

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.18.

¹⁶⁶ A nomenclatura é válida no que diz respeito à criminologia positivista italiana. Adverte ANITUA, porém, que “na França, desenvolveu-se igualmente uma escola positivista, mas esta manteve suas diferenças (...). Para os criminólogos franceses (...) seria o meio, e não a herança, a verdadeira causa do homem delinquente e por isso a nova disciplina foi denominada ‘mesologia criminal’ em vez de ‘antropologia criminal’”. Desta forma, “se a italiana prestaria mais atenção ao antropológico, a francesa o faria com relação ao social. Na realidade, ambas se centravam no homem delinquente, mas os franceses confeririam mais atenção àquilo que esse homem faz, ao passo que os italianos diriam que esse homem, acima de tudo, nasce com certas predisposições e características” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.317).

¹⁶⁷ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 10.

¹⁶⁸ Com JIMÉNEZ DE ASÚA, Ricardo Brito A. P. Freitas lembra que “para o positivismo, o crime é um ‘fato social e natural, um ato do homem, que surge na sociedade a quem produz um dano, motivado por três ordens de fatores: antropológicos, físicos e sociais’, assim, o ‘delito é a par de um fenômeno individual um fenômeno social’. Para combater o crime, na perspectiva do positivismo, é indispensável conhecer a figura do criminoso e do ambiente que o circunda” (Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y ley penal*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Losada, 5.ed., 1992, p. 66 (*apud* FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 90-91).

Muito embora se saiba que, de certa forma, persistam existindo teorias que, sob uma nova roupagem, identificam as causas da criminalidade a partir da figura do criminoso¹⁶⁹, não é este o enfoque que se busca neste trabalho.

Daí porque, tendo havido a delimitação prévia do estudo do crime como *comportamento social*, importará, aqui, tão somente esclarecer a razão pela qual optou-se por realizar o descarte de uma construção teórica de séculos que, ainda hoje, continua gerando seus reflexos.

De fato, malgrado não se desconheça o entendimento de que os primeiros estudos criminológicos datariam do século XV¹⁷⁰, corporificando-se em exemplo

¹⁶⁹ Salo de Carvalho destaca que uma das principais contribuições do *labeling approach* foi a de denunciar a *essencialização do criminoso*, que, na atualidade, estaria sendo retomada: “A essencialização do criminoso havia sido denunciada pela teoria do etiquetamento ao demonstrar como as criminologias, as instituições e os discursos configuradores do sistema penal ampliam o ato ilícito, estabelecendo regressão na análise da história individual do desviante de maneira a perceber todos os momentos significativos de sua vida como preparatórios ou resistentes ao *grande ato*. A potência criminal, que inexoravelmente se transforma em ato, passa a constituir, portanto, a essência do criminoso. E, após a realização do ato, não apenas o passado, mas o futuro do criminoso esta comprometido pelo impulso à repetição”. Com base nos estudos de Jock Young assevera que, hoje, se assiste ao retorno dos processos de essencialização “através de dois discursos: o biológico e o cultural – ‘o essencialismo pode envolver a crença de que a tradição de um grupo origina uma essência (essencialismo cultural) ou então uma crença de que esta cultura e padrões de comportamento são caucionados por diferenças biológicas (essencialismo biológico)’. As neurociências revitalizam o positivismo criminológico e, ao criarem a especialidade *neroucriminologia*, mantêm viva a rede de distribuição de estigmas do sistema punitivo. O ‘retorno à biologia como explicação do comportamento humano’ e o uso da cultura para projetar qualidades negativas a determinados grupos (raciais, étnicos, sociais, religiosos e/ou econômicos), resolvem duplo problema de tradição positivista: os criminosos não apenas nascem criminosos como, pela cultura do grupo, se tornam criminosos. Como assinala Jock Young, a fusão dos essencialismos culturais e biológicos permite condições ideais para o *exercício de demonizações* bem sucedidas e *fabricação de monstros*” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30-31).

¹⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raül. *La pericolosità come elemento dei discorsi genocidiari*. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em <www.radioradicale.it>. Acesso em 20 dez. 2010. No mesmo sentido, Egbert Zimmermann: “pode-se considerar que esta tenha sido a primeira manifestação criminológica da história do ocidente, a primeira vez em que se procurou identificar os sinais do desviante (que à época eram o herege, a bruxa, o muçulmano, o leproso, etc.) e quais seriam as origens do desvio (envolvimento com o diabo e feitiçarias). Trata-se, evidentemente, de um recurso empírico, pois busca através da experiência sensível a descoberta de indícios de que determinada pessoa é desviante ou não. Mesmo assim, o empirismo utilizado é muito rudimentar, e ainda se encontra fundado em crenças pré-estabelecidas, que comprometem a interpretação mesma das características e dos fenômenos” (ZIMMERMANN, Egbert. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p.27). Eugênio Raül Zaffaroni já havia feito igual referência no prólogo da obra de ANITUA: “Com grande acerto, Anitua evita iniciar o relato no Iluminismo ou a partir de Lombroso, uma vez que a inescindibilidade do saber criminológico e jurídico penal leva-o a começar no próprio poder punitivo. Com efeito, a criminologia existe desde quando existe o poder punitivo” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.12).

maior deste período a obra *Malleus Maleficarum*¹⁷¹, é comum afirmar-se que somente a partir da segunda metade do século XIX é que realmente teve início um estudo criminológico com preocupação científica¹⁷².

Antes, porém, de significar o início de uma nova preocupação científica, “com a entrada em cena do *homo criminalis* e o decorrente deslocamento do estudo abstrato das leis penais para os processos causais que determinaram o delito, a criminologia é autonomizada”¹⁷³, fazendo com que houvesse uma primeira ruptura do *projeto integrado de ciências criminais*¹⁷⁴ proposto pelos penalistas do Iluminismo.

Este rompimento foi determinante para fazer com que as preocupações criminológicas mantivessem o foco não no comportamento desviante, mas na pessoa do desviado, tal qual referido.

¹⁷¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feitiçeras: *Malleus Maleficarum***. Trad. Paulo Froés. 18 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2005. Escrita em 1484 pelos dominicanos Heinrich Kramer e James Sprenger, a obra *O Martelo das Feitiçeras, Malleus Maleficarum*, serve como um depósito das leis que vigoraram no Estado teocrático, tendo servido por quatro séculos como *manual oficial da inquisição*. Fruto de uma época em que o saber criminológico era dominado por concepções religiosas e metafísicas desenvolvidas pela Igreja Católica, a obra descreve como identificar uma bruxa, então prova cabal de que aquela mulher seria de algum modo delinquente. Ressalta ANITUA que, para Eugenio Raúl Zaffaroni, a obra “constitui o primeiro discurso criminológico moderno. Trata-se de um discurso orgânico, cuidadosamente elaborado, com um grande esforço intelectual e metodologicamente exigente, que explica as causas do mal, quais são as formas em que se apresenta e os sintomas em que aparece, assim como os modos e métodos para combatê-lo. (...) um discurso que integra aquele que hoje está separado entre a criminologia etiológica, o direito penal, o direito processual penal, a penologia e a criminalística. Tudo isso sob uma orientação político-criminal destinada a reforçar o poder burocrático e centralizado e a reprimir a dissidência” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.57).

¹⁷² ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 10. Conforme GARCÍA-PABLOS DE MOLINA “a Criminologia é uma disciplina ‘científica’, de base empírica, que surge quando a denominada Escola Positiva italiana (*Scuola Positiva*), é dizer, o positivismo criminológico (...) generalizou o método de investigação empírico-indutivo. O último terço do século XIX marca a origem desta nova ‘ciência’. Por isso, pode-se falar em duas ‘etapas’ ou momentos na evolução das ‘idéias’ sobre o crime: a etapa ‘pré-científica’ e a ‘científica’, cuja linha divisória foi dada pela referida *Scuola Positiva*, isto é, pela passagem da especulação, da dedução, do pensamento abstrato-dedutivo à observação, à indução, ao método ‘positivo’” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 173).

¹⁷³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4.

¹⁷⁴ A idéia de modelo integrado de ciência criminal, na atualidade, vem ganhando novo impulso. Exemplo a ser citado é o evento *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, ocorrido na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em <www.radioradicale.it.> Acesso em 20 de dez. 2010. De se advertir, porém, que diferentemente da idéia de ciência penal conjunta, proposta por Franz Von Liszt no início do século XX, há agora uma preocupação com que a criminologia não seja uma ciência coadjuvante, isto é, uma ciência auxiliar da principal (direito penal), servindo a mero fornecimento de elementos de sustentação e legitimação (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5).

Previsível, assim, que, nesta fase inicial, os estudos tenham apresentado, como principal finalidade, a de estudar a figura daquele que “tem ‘algo de podre’ em seu interior, que não é ‘normal’, que tem algum defeito, algo que não funciona bem”¹⁷⁵. Para tanto, aplicou-se uma metodologia baseada essencialmente “na experimentação e no estudo científico da individualidade corporal e psíquica” dos desviantes¹⁷⁶.

Corriqueiramente, o expoente maior e mais lembrado deste período é Cesare Lombroso, com a obra *L'uomo Delinquente*, publicada em 1876, na qual desenvolveu a teoria do *delinqüente nato*, o qual seria “uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de estigmas corporais perfeitamente identificáveis anatomicamente”¹⁷⁷ e que mesmo inserido em um meio social favorável, converter-se-ia em criminoso.

Seus estudos, entretanto, representaram o fruto de um movimento que já vinha se desenhando há certo período. Com base nas lições de García-Pablos de Molina, informa Egberto Zimmermann que, muito antes de Cesare Lombroso,

Giambattista Della Porta (1536-1615) escreveu a obra *De humane physiognomia*, em que vinculava as características morais de uma pessoa à sua aparência. De acordo com ele, a alma da pessoa estaria intimamente ligada à sua aparência, de modo que se uma pessoa fosse bonita, sua alma necessariamente seria boa, ao passo que uma pessoa feia revelaria fisicamente a maldade interior. Essa noção não era nova, já existindo em Roma o Édito de Valério, em que recomendava a condenação do mais feio quando houvesse dúvida quanto à autoria. A influência desse pensamento se perpetuou durante bom tempo, sendo até hoje conhecida a palavra de *malfeitor*, que etimologicamente significa *malfeito*. A diferença, porém, foi o fato de Cesare Lombroso ter sido “o primeiro biologicista a estudar o fenômeno da criminalidade como objeto principal da pesquisa, já que os anteriormente mencionados abordavam o delito de forma marginal no contexto de suas obras.”¹⁷⁸

Contemporâneos de Lombroso, igualmente, contribuíram para o fomento desta visão inicial norteadora da chamada *criminologia positiva* ou *positivista*, pois

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.24.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.24.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.24.

¹⁷⁸ ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p.27 e 39.

lastreada “na aplicação de um método experimental e pela negação da culpabilidade individual e do livre arbítrio como seu fundamento”¹⁷⁹.

De fato, tanto nos estudos do primeiro, quanto nos de Enrico Ferri¹⁸⁰ e Raffaele Garófalo¹⁸¹, o que se identifica é que o uso sistemático do método experimental se apresentava como a essência própria da pesquisa e certamente sua maior virtude:

Em efeito, em pleno apogeu das ciências naturais e do método experimental, era lógico que se propugnava fazer o mesmo com o protagonista principal do delito: o delinqüente, submetendo-o à observação, analisando e medindo seus dados corporais, investigando suas anomalias anatômicas internas, quando falecidos submetendo-os à autópsia, medindo seus crânios etc. tudo isso não de forma isolada ou insignificante, mas sistemática, apontando e classificando os dados e o rico material encontrado nos indivíduos que serviam de objeto de experimentos¹⁸².

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.25. Augusto THOMPSON bem resume ao afirmar que “três postulados seguram todo o edifício da construção criminológica-positivista: 1. O crime é um fenômeno natural. 2. O estudo do crime deve ser realizado através do mesmo processo de conhecimento usado para as ciências naturais. 3. Pela observação e pesquisa dos criminosos, assim identificados oficialmente, é possível desvendar as causas do crime e extirpá-las da sociedade” (THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 30).

¹⁸⁰ Muito embora Enrico Ferri tenha feito uso da expressão “sociologia criminal”, publicando em 1884 a obra *Sociologia Criminale*, lembra ROBERT que esta, na verdade, longe estava de demonstrar um compromisso sociológico por parte do autor: “o ecletismo que se confirmara no curso das sucessivas reedições da primeira dessas obras não traduzia um compromisso sociológico saliente. O título inicial de Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (1880), era muito mais fiel a seu objeto” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 90). Não é outro o entender de ANITUA para quem “Ferri compatibilizaria a versão naturalista lombrosiana com a idéia de defesa social (...). A pena era, para Ferri, uma repressão necessária para defender o organismo social, não contra decisões a-sociais, mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos. O delito era simplesmente o sintoma, o fato que revela a personalidade perigosa. O recurso à pena teria como objetivo exatamente transformar essa personalidade. (...) Ferri dizia que ‘as ações humanas, honestas ou desonestas, sociais ou anti-sociais, são sempre o produto de seu organismo fisiopsíquico e da atmosfera física e social que o envolve. Eu distigui os fatores antropológicos ou individuais do crime, os fatores físicos e os fatores sociais’. Os primeiros são a constituição orgânica, a psíquica, a raça, a idade, o sexo etc. os físicos são o clima, o solo, as estações, e os sociais são a opinião pública, a densidade de população, a religião, o alcoolismo, a educação, a justiça penal etc.” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 311-312).

¹⁸¹ Na busca da figura do *delinqüente natural*, afirma GARÓFALO que “podremos llamar *delito natural* o *social* a violencia de estos sentimientos por actos que, a la vez, son perjudiciales a la comunidad” (GARÓFALO, Raffaele. **La criminología**. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 9). Escrita em 1885, a busca do conceito de delinqüente natural pelo autor, conforme ANITUA, deixa evidente sua aproximação com a *defesa social*, implicando numa luta contra “seus inimigos naturais”. Para GARÓFALO, os dois sentimentos básicos e naturais seriam a piedade e a probidade. “Os delitos que lesam a piedade são aqueles que afetam a vida ou a saúde. E os que lesam a probidade – ou justiça – são aqueles que atentam contra a propriedade”. Justamente por isto, para os delinquentes naturais, os inimigos naturais, seriam aqueles que carecem de tais sentimentos” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 313-315).

¹⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.25-26.

Tal qual referido, porém, muito embora, não raro, essa corrente criminológica seja vista de forma ultrapassada e como uma mera ilustração histórica, é cada vez mais comum identificar-se que sua presença ainda é sentida na atualidade. Não por outra razão ter se ressaltado que, desde sua origem biológica, essa corrente criminológica manteve-se constantemente presente, ora com uma fundamentação psiquiátrica¹⁸³, ora com base em estudos da neurociência¹⁸⁴.

De qualquer forma, seja vista em sua origem, seja analisada sob suas vestes atuais, resta evidente que, por ter como premissa ser o crime um *desvio do indivíduo* e não um *fenômeno social*, os primeiros estudos criminológicos etiológicos não possuiriam qualquer preocupação com as agências de controle social formal, objeto central da pesquisa do presente capítulo.

Até porque, conforme ressalta García-Pablos de Molina, a criminologia positivista “partía de una visión consensual y armoniosa del orden social que las leyes – expresión de tal consenso – se limitarían a reflejar”¹⁸⁵, crendo que o quadro normativo representaria os interesses gerais, de modo que “el denunciante, la policía, el proceso penal, etc., son meras correas de transmisión que aplican fielmente, objetivamente, la voluntad de la ley”¹⁸⁶. A criminologia positivista, portanto:

[...] polarizada em torno da pessoa do infrator, pouca importância e atenção conferiu aos problemas do controle social. Parte de uma visão consensual e harmônica da ordem social que as leis positivas – expressão de tal consenso – se limitariam a refletir. Os teóricos da criminologia ‘positivista’

¹⁸³ Especificamente sobre as teses psiquiátricas, ressaltam MUÑOZ CONDE e HASSEMER os estudos dos psiquiatras alemães de KRETSCHMER (de 1921) e SCHNEIDER (de 1923), o último dos quais “desenvolveu o conceito de *personalidades psicóticas* (Ver *Die psychopathischen Persönlichkeiten*, 9ª ed.), concebendo-as como uma forma anormal de personalidade caracterizada por uma alteração na afetividade, nos sentimentos individuais” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.26).

¹⁸⁴ Na doutrina nacional, recente obra que aborda a neurocriminologia é a de ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, na qual discorre sobre as neurociências, a genética comportamental e a psicologia evolucionista, que, por sua vez, subdivide em biologia evolutiva, ciências cognitivas, paleoantropologia e pesquisas comparativas do comportamento animal (primatologia), sempre atento àquilo em que sejam úteis para subsidiar a compreensão do crime e do criminoso.

¹⁸⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 25 ago. 2011.

¹⁸⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 25 ago. 2011. “la población reclusa, en consecuencia, ofrece una muestra fiable y representativa de la población criminal (real), ya que los agentes del control social (policía, proceso, etc.) se rigen por el criterio objetivo del merecimiento (el hecho cometido) y se limitan a ‘detectar’ al infractor cualquiera que sea este” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em www.cienciaspenales.net. Acesso em 25 ago. 2011).

não questionam as definições legais nem o quadro normativo ao qual elas correspondem, porque admitem que encarnam os interesses gerais. Tampouco criticam o concreto funcionamento do sistema, o processo de aplicação de tais definições normativas à realidade. Pensam, pelo contrário, que as leis tão-somente ensejam um problema de interpretação reservado ao juiz, de subsunção do caso concreto ao modelo típico descrito na norma. (...) As leis, pois, caem sobre a realidade por seu próprio peso e não experimentam desviações significativas da premissa normativa ao momento terminal do caso concreto. O noticiante, a polícia, o processo penal etc. são concebidos como meras 'correias de transmissão' que aplicam fielmente, com objetividade, a vontade da lei, de acordo com os interesses gerais nela refletidos. A população reclusa, em consequência, oferece uma amostra confiável e representativa da população criminal (real), já que os agentes do controle social (polícia, juízes, processo etc.) orientam-se pelo critério objetivo do merecimento (o fato cometido) e limitam-se a 'detectar' o infrator, qualquer que seja este¹⁸⁷.

Na essência, como também concluem Muñoz Conde e Hassemer, a corrente criminológica positiva encontrou o que buscou: “o delinquente como *fenômeno isolado*, objeto de consideração científica, como um produto imóvel debaixo da lente do microscópio dos fiéis à lei”¹⁸⁸.

2.2 O CRIME E O MEIO

É dado posto que, além de fruto de variáveis físicas, biológicas e psicológicas inatas ao ser humano, a personalidade é resultado de um processo de socialização que se inicia no nascimento da pessoa e persiste tendo curso com a educação no seio familiar e com a aprendizagem cultural, através dos mais distintos contatos sociais existentes ao longo da vida¹⁸⁹.

Previsível, assim, visualizar-se que na análise empírica das causas da criminalidade também viessem a ser observados fatores de caráter social, externos

¹⁸⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

¹⁸⁸ “Com ele, se colocaram em plena contradição com a concepção de delito que logo começou a dominar a Criminologia Científica e que culmina com as atuais teorias de definição ou do etiquetamento: o delito não é o fato de um indivíduo ilhado, mas o produto da interação social, quando não é produto da ‘atribuição’ do ‘status’ de criminoso por parte das instâncias do controle social formal, como a polícia, o ministério público ou tribunais” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.32).

¹⁸⁹ Ibidem, p.47.

ao indivíduo¹⁹⁰, afinal a conduta delitiva seria, justamente, uma das adquiridas no curso desse processo de socialização.

Esta é a base sobre a qual repousam as *abordagens sociológicas*, algumas das quais mantiveram uma preocupação etiológica, pois persistiram buscando as *causas* do crime no âmbito da estrutura social ou do processo de interações sociais, entendendo-o como um *desvio social* fruto do meio em que a pessoa estaria inserida ou do seu processo de socialização¹⁹¹.

Perceptível, desde logo, que tal qual as teorias biológicas e psicológicas, também as etiológicas sociais não viriam a fazer qualquer alusão ao papel exercido pelas agências de controle social formal no processo de criminalização. A interferência do controle social na configuração delitiva, entretanto, já faria parte dos discursos iniciais sociológicos, como se procurará pontuar.

De qualquer forma, fazendo ou não alusão direta às agências de controle social formal, a importância das teorias sociais etiológicas não deve ser diminuída, pois embora possa haver essa compreensível omissão, mostra-se necessária uma apreciação, ainda que breve, do seu conteúdo. Especialmente quando se visualiza que foi a partir destas primeiras abordagens sociológicas que advieram as chamadas *teorias definicionistas*, as quais buscariam analisar não o fenômeno delitivo em si, mas o processo de criminalização e de seleção que o sistema criminal promove, enxergando uma criminalidade não de natureza ontológica, mas definitorial¹⁹².

Partindo de um modelo teórico de relação dos acontecimentos sociais e de um determinada teoria da sociedade, tendo a pretensão de inserir o comportamento criminal nesses acontecimentos¹⁹³, para as abordagens sociológicas etiológicas:

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.47.

¹⁹¹ ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p.61.

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.20.

¹⁹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminologia**. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 732. *Apud* ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p.61.

[...] família, escola, vizinhos, companheiros, círculo de trabalho são as instâncias que levam a cabo o processo de socialização do indivíduo, as que o exercitam nos modelos de conduta social, nas atitudes e nas normas. São, portanto, as instituições cujos defeitos podem acomodar bem cedo o germe do desvio delitivo¹⁹⁴.

Não se limitando a ressaltar a importância do meio na origem da criminalidade, mas contemplando o fato delitivo como um *fenômeno social*¹⁹⁵, o que estas teorias buscaram foi explicar a criminalidade fazendo uso de diversos marcos teóricos.

Referindo-se as teorias que utilizam este modo tradicional de investigação e elaboração conceitual da delinquência, são Muñoz Conde e Hassemer quem ressaltam que esses modelos teóricos:

[...] têm em comum o fato de fixar a atenção na própria criminalidade como problema e objeto de preocupação, em suas causas e possíveis soluções, mas dentro de um sistema e de um modelo de sociedade que não se questiona ou que parece imutável e que, portanto, deve ser aceito¹⁹⁶.

A evidência que a análise de todos os marcos sociológicos mereceria estudo individualizado e aprofundado¹⁹⁷. Em respeito aos recortes metodológicos já ressaltados e aos limites da presente pesquisa, porém, importa tão-só pontuar como

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.49.

¹⁹⁵ Informa Philippe Robert que “foi provavelmente TARDE quem realmente introduziu o crime no campo dos fenômenos sociais, mais pela agudeza de suas críticas do que pela fecundidade de suas concepções (...). Para ele, o crime era, antes de tudo, um modo de vida, uma forma de profissionalização” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 91). Não por outra razão, informa ANITUA que os estudos de Gabriel Tarde “representaram avanços da sociologia e da psicologia social”, sendo sua influência sobre a sociologia norte-americana evidente. Faz-se referência, em especial *As leis da imitação*, de 1890, e *A filosofia penal*, de 1891 nas quais conclui o autor que o comportamento criminoso é simplesmente um comportamento adquirido pela imitação, “produto de determinada socialização e da forma em que esta molda o comportamento de certas pessoas”. Para TARDE “em primeiro lugar, o ser humano imita outro na proporção da proximidade do contato, em segundo que o de posição inferior tende a imitar o de posição mais elevada, e em terceiro que quando as modas de comportamento coincidem, a mais nova substitui a mais velha. Como outros atos sociais, os delitos se realizam então por conta destas regras de imitação” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 433-438).

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.91.

¹⁹⁷ Uma síntese destes marcos teóricos é encontrada em GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, Capítulo terceiro, item IV. O contexto de surgimento dos mesmos, por sua vez, é apresentado por ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, Capítulos VI e VII.

alguns destes contribuíram para o desenvolvimento posterior do estudo do processo de criminalização e do caráter seletivo do sistema criminal, já que diretamente afetos ao papel exercido pelas agências de controle social formal em face do fenômeno criminal. Ou seja, como a partir das concepções iniciais sociológicas etiológicas passaram a ser cada vez mais frequentes discursos atentos com o processo criminalizador?

Diante da inexistência de critérios classificatórios uniformes destas abordagens sociológicas¹⁹⁸, dentro do possível, procurar-se-á observar um critério cronológico e ater-se à classificação proposta por Muñoz Conde e Hassemer, para quem os diversos modelos sociológicos iniciais podem ser agrupados em teorias afetas ora à *socialização deficiente*, ora à *estrutura social defeituosa*¹⁹⁹.

Com efeito, sob o rótulo de *socialização deficiente*, são agrupadas as teorias que dão ênfase fundamentalmente ao autor do delito, situando-o “no grupo social onde vive e onde aprende os complexos processos socializadores e onde surgem os conflitos delitivos”²⁰⁰.

Por outro lado, sob o rótulo de *estrutura social defeituosa*, são agrupadas as teorias que dão “acentuada ênfase aos aspectos sociais na gênese do delito”²⁰¹, com especial preocupação à análise estrutural da sociedade na qual surge o delito.

2.2.1 Modelos sociológicos da socialização deficiente

Dentro deste primeiro grupo, não há dúvida de que especial destaque há de ser dado às **teorias ecológicas**²⁰², que surgem com a Escola da Chicago²⁰³, tendo

¹⁹⁸ Em caráter ilustrativo, cita-se o critério utilizado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que analisa os diversos modelos sociológicos, partindo das *teorias multifatoriais*, passando pelas *teorias ecológicas* e pelo modelo *estrutural-funcionalista*; enfrentando os *modelos subculturais* e os *modelos conflituais*, com suas teorias dos conflitos culturais, do conflito social de base não marxista e do conflito social de base marxista; e finalizando sua análise com o estudo das diversas *teorias do processo social*: a aprendizagem social, o controle social e o interacionismo (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminologia**. 3 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, p. 733. *Apud* ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 62).

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, Capítulos IV e V.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 20.

²⁰² Adverte GARCIA-PABLOS DE MOLINA que “não é correto identificar a Escola de Chicago com a teoria ‘ecológica’ (Ecologia Social) nem com a significativa análise ‘topográfica’ que esta última realiza. A Escola de Chicago é mais que uma teoria da criminalidade, mais que uma escola

como principais representantes Park, Burgess e Mckenzie²⁰⁴, além dos trabalhos de Shaw e McKay²⁰⁵, por meio dos quais resta evidente que os estudos criminológicos já não teriam a prisão ou o manicômio como laboratórios de observação e de experimentação, mas “o gueto ou a cidade” em sua substituição²⁰⁶.

Ressalta García-Pablos de Molina que, segundo a concepção ecológica, “a cidade ‘produz’ a delinquência”, daí porque a principal atenção dos autores destas teorias passa a ser a cidade, “como unidade ecológica”:

Suas teses consistem em que existe um claro paralelismo entre o processo de criação dos novos centros urbanos e a sua criminalidade, a criminalidade urbana (...).A teoria ecológica explica este efeito criminógeno da grande cidade, valendo-se dos conceitos de desorganização e contágio inerentes aos modernos núcleos urbanos e, sobretudo, invocando o debilitamento do controle social nestes núcleos. A deterioração dos ‘grupos primários’ (família etc.), a modificação ‘qualitativa’ das relações interpessoais que se tornam superficiais, a alta mobilidade e a conseqüente perda de raízes no lugar de residência, a crise dos valores tradicionais e familiares, a superpopulação, a tentadora proximidade às áreas comerciais e industriais onde se acumula

sociológica: constitui, na verdade, o germe e o crisol das mais relevantes concepções da Sociologia Criminal” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 342, nota 13).

²⁰³ “A Escola de Chicago é o berço da moderna Sociologia americana. (...) Caracterizou-se por seu empirismo e por sua finalidade pragmática, isto é, pelo emprego da observação direta em todas as investigações (da observação dos fatos são induzidas as oportunas teses) e pela finalidade prática a que se orientavam: um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo. Seus representantes iniciais não eram sociólogos nem juristas, senão jornalistas” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 341). Sobre a gênese e o contexto de surgimento da Escola de Chicago a referência é a obra de ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, Capítulo VI, n. 1, p. 405-416.

²⁰⁴ A primeira obra com viés ‘ecológico’ foi a de Robert Erza PARK, Ernest W. BURGESS e Roderich D. MCKENZIE (*The Growth of the City*, de 1928), na qual sustentava-se “que o crime é produto da ‘desorganização’ própria da grande cidade, na qual se ‘debilita’ o controle social e se deterioram as relações humanas, propagando-se um clima de vício e corrupção ‘contagioso’” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 344).

²⁰⁵ SHAW, Clifford e MCKAY, Henry. *Social factors in juvenile delinquency; a study of the community, the family and the gang in relation to delinquent behavior*, de 1931. E *Juvenile delinquency and urban areas*, de 1942. Nestas obras os autores servem-se do conceito de desorganização social para explicar as gangues e a delinquência juvenil. As referências bibliográficas são de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 344-345, nota 19). Segundo Philippe ROBERT, os autores lastrearam-se no trabalho de William I. Thomas e Florian Znaniecki, que haviam desenvolvido a noção de desorganização social para explicar a situação dos camponeses poloneses imigrados para os Estados Unidos (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 95).

²⁰⁶ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 426.

riqueza e o citado enfraquecimento do controle social criam um meio desorganizado e criminógeno²⁰⁷.

A importância da Escola de Chicago situa-se, principalmente, em ter destacado o contexto urbano em que surge a criminalidade, vinculando-a a certas zonas da cidade²⁰⁸, aplicando uma metodologia similar a do positivismo biológico, “concebendo a cidade como um organismo em que, junto às zonas organizadas e sem criminalidade, existem partes patológicas que de algum modo se contrapõem e equilibram as outras”²⁰⁹.

Ademais, reconhece-se que a percepção da *desorganização social* trazida pelas teorias ecológicas implicou em verdadeira “metateoria de origem, que continha o germe das construções ulteriores”²¹⁰. No dizer de Philippe Robert:

Em retrospectiva ela [desorganização social] tomou a forma da teoria do controle social; mas, ao contrário daquela de Hirschi, concentrava-se mais no território do que no indivíduo. Contudo, ela também prefigurou a teoria da tensão de Merton, na medida em que seus autores entendiam que fosse mais fácil, numa zona intersticial, integrar-se à delinquência profissional do que ao mercado de trabalho. Ao demonstrarem a socialização no seio da gangue, eles se tornaram os precursores dos conflitos de culturas ou mesmo da teoria das subculturas: basta a demonstração por parte dos

²⁰⁷ Daí Clifford SHAW e Henry MCKAY (*Delinquência Juvenil e áreas urbanas*) concluírem que “os índices de criminalidade descendem em função direta do distanciamento do centro da cidade e de sua zona industrializada (e se incrementa quanto mais nos aproximamos daqueles). (...) a criminalidade potencial (ou pré-delinquência) se concretiza igualmente em tais ‘áreas’ (*delinquency areas*), nas proximidades dos grandes armazéns e estabelecimentos comerciais (*city*), pela ausência ou enfraquecimento do controle social, fenômeno que não se produz nas redondezas e zonas residenciais dos núcleos urbanos” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 343-344).

²⁰⁸ De se ressaltar que o ineditismo da implicação da questão geográfica na criminalidade não pode ser atribuído à sociologia estadunidense. Neste particular, informa Philippe Robert que foi Henry JOLY com sua “geografia social do crime” quem, “partindo de uma cartografia da criminalidade por região, produziu entre 1888 e 1892 uma teoria que acusou a mobilidade geográfica de reforçar a tendência criminosa, concebida como uma doença moral. (...) se a mobilidade reforça a tendência criminosa, ela o faz em decorrência do corte de todas as raízes e do rompimento dos vínculos de solidariedade territorial” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 91). No mesmo sentido ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 319.

²⁰⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52. “Seus pioneiros, sem embargo, enfatizaram a relevância do fator espacial com um característico enfoque ‘ecológico’, isto é, uma imagem de cidade como macroorganismo, à semelhança de qualquer outro ser vivo; referência contínua a conceitos biológicos e processos orgânicos, áreas naturais, equilíbrio biótico etc.; aceitação de um modelo de ‘crescimento radial’ das grandes cidades, divididas em zonas concêntricas que irradiam sua atividade desde um centro nevrálgico para a periferia etc.” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 342, nota 13).

²¹⁰ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 99.

mesmos do aprendizado de valores e das técnicas delinquentes para que se pense na associação diferencial de Edwin Sutherland.²¹¹

Além da concepção ecológica, também se inserem dentre os modelos de *socialização deficiente* as **teorias multifatoriais** (ou **plurifatoriais**), com especial atenção aos estudos de Glueck²¹², Healy²¹³, Merrill e Elliot. Assevera García-Pablos de Molina que essas teorias são assim chamadas por entenderem “que a criminalidade nunca é resultado de um único fator ou causa, senão da ação combinada de muitos dados, fatores, circunstâncias etc.”²¹⁴.

Embora as teorias multifatoriais não demonstrem imediata preocupação com as agências do controle social (formal ou informal), deixam transparecer o quanto a sua ausência também contribuiria para o fenômeno criminal.

De se ressaltar, porém, que, embora sociológicas, as teorias multifatoriais “não dispensam nunca a ponderação da incidência de fatores individuais no

²¹¹ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 99.

²¹² “O protótipo de investigação plurifatorial é o realizado pelo casal Eleanor e Sheldon GLUECK, em 1950 (*Unraveling Juvenile Delinquency*). Durante dez anos examinaram mediante equipes interdisciplinares (assistentes sociais, psicólogos, antropólogos e psiquiatras) quinhentos pares de jovens delinquentes e não-delinquentes, buscando fatores diferenciais entre ambos, com a finalidade de elaborar um diagnóstico sobre as causas da delinquência, assim como algum prognóstico sobre elas. Tomando como base dados de referência a família, a escola, o município, a estrutura da personalidade (...), foram selecionados progressivamente aqueles que pareciam de maior interesse. Concluíram que, para a elaboração do prognóstico, os mais relevantes seriam: a vigilância do jovem por sua mãe, a maior ou menor severidade com que ela lhe eduque e o clima de harmonia ou de desavenças familiares” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 339). Por terem dispensado especial ênfase, nas suas investigações, ao entorno familiar, a teoria do casal GLUECK é também intitulada de “broken homes” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-60).

²¹³ Informa GARCIA-PABLOS DE MOLINA que William HEALY (*The individual delinquent*, de 1915), dentre os mais de cento e trinta fatores determinantes do desvio criminal (boa parte de natureza psicológica) identificados elenca: “males hereditários, anomalias mentais, constituição física anormal, conflitos anímicos, mau ambiente familiar, amizades inadequadas, frustração de expectativas do indivíduo, condições insatisfatórias para o desenvolvimento infantil etc.” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 339-340).

²¹⁴ A criança, segundo Mabel A. ELLIOT e Francis E. MERRIL (*Social Disorganization*, de 1941), “é capaz de superar talvez um ou dois ‘handicaps’ (a morte de um de seus pais, a pobreza ou má saúde, por exemplo); mas se a isto se acrescenta o desemprego e alcoolismo do cabeça da família, a instabilidade da mãe que não sabe estar em seu lugar, o subdesenvolvimento anímico da própria criança que deixa cedo a escola para trabalhar, as péssimas condições da moradia familiar e as más companhias, parece então que todos os fatores em tal contexto surgem contra a criança. Se este se torna um delinquente (...) não costuma ser por uma razão única, senão pela acumulação de sete ou mais circunstâncias que lhes colocam em desvantagem” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 339-340).

crime”²¹⁵, o que fez com que Anitua situasse a obra de William Healy dentro do chamado *positivismo psicológico*²¹⁶.

Afora as concepções ecológicas e multifatoriais, ainda se inserem dentre os modelos de *socialização deficiente* as **teorias da aprendizagem social** (ou **do aprendizado**), dentre as quais ganha relevo a *teoria dos contatos diferenciais* de Sutherland²¹⁷.

As concepções da *aprendizagem social* (*social learning*) têm como premissa que “o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com as pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação”²¹⁸. Longe de ser tido como um comportamento anormal ou de uma personalidade imatura, o delito é “um hábito adquirido”²¹⁹.

Na verdade, as *teorias da aprendizagem social* nada mais seriam do que fruto da insuficiência dos estudos desenvolvidos pelo casal Glueck, pois, da mesma forma que os *broken homes*, partem “do entendimento de que a conduta delitiva é adquirida no curso do processo de socialização; todavia, não se limitam a mostrar a família como única instância social em ação, mas apontam outras possibilidades e hipóteses”²²⁰, tangenciando desta forma, uma vez mais, a interferência da ausência das agências de controle social, principalmente informal, na configuração da criminalidade.

²¹⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 340.

²¹⁶ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 403.

²¹⁷ Uma das principais obras de Edwin H. Sutherland é *El delito de cuello blanco*, escrito originariamente no ano de 1983 (SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello Blanco** (Buenos Aires: BdeF, 2009); muito embora também mereça destaque a *teoria dos contatos diferenciais* ou *teoria da associação diferencial* (*Principles of Criminology*, de 1939), “quando reconhece que na sociedade existem grupos fiéis às normas jurídicas e grupos transgressores das mesmas, e a inclinação do jovem à criminalidade dependeria de com qual destes grupos chegue a ter principais contatos”. Ou seja, “a oportunidade para um indivíduo se transformar em delinquente depende do modo, da intensidade e da duração dos contatos do indivíduo com outras pessoas” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60).

²¹⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 374.

²²⁰ *Ibidem*, p. 60.

Por fim, ainda se agrupam dentre os modelos de *socialização deficiente* as **teorias das subculturas**, propostas por Cohen²²¹, Cloward e Ohlin²²², Miller²²³, Sykes e Matza²²⁴, as quais partem da premissa de que o *conflito cultural*, isto é, o choque entre as diferentes *culturas*²²⁵, pode chegar a ser a origem de um conflito criminal que, não seria produto da *desorganização* ou da *ausência de valores* (conclusões das teorias ecológicas²²⁶), mas reflexo e expressão de outros sistemas de normas e de valores distintos: os *subculturais*.

Em toda sociedade existe sempre uma cultura oficial dominante, que é a que sustenta a cultura social e jurídica do Estado, e outra(s) cultura(s) que pode(m) entrar em conflito com a dominante. (...) mais que culturas completamente diferentes (...), trata-se de *subculturas*, isto é, de culturas que existem separadas da cultura dominante, mas que, ao mesmo tempo, fazem parte dela.²²⁷

²²¹ A principal obra de Albert COHEN é *Delinquent boys. The culture of the gang*, de 1955 (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63).

²²² Richard CLOWARD e Lloyd OHLIN (*Delinquency and opportunity*, 1960), com sua *teoria da oportunidade diferencial*, “tentaram fazer uma síntese das teorias funcionalistas, de Merton; da transmissão cultural, de Shaw e McKay; da associação diferencial, de Sutherland; e da subcultura, de Cohen (...). Em vez de considerá-la apenas como um sistema de interações e comunicações entre os indivíduos de uma determinada comunidade, para eles a subcultura desviante se organiza em torno de normas que se opõem àquelas aceitas geralmente pela sociedade, associando *subcultura desviante* à *gangue desviante* (...). Além disso, não se limitam a entender a delinquência como uma mera resposta coletiva à ausência de oportunidades legítimas, pondo em relevo que também é necessário o acesso às *oportunidades ilegítimas* e criminosas” (ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 87). De se ressaltar que GARCIA-PABLOS DE MOLINA classifica a *teoria da oportunidade (ou ocasião) diferencial* dentre os modelos de *aprendizagem social* (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 378-379).

²²³ MILLER, Walter. B. *Lower class culture as a generating milieu of gang delinquency*. The Journal of Social Issues, 3, 1958, p. 5 e ss. Disponível em <http://courses.missouristate.edu/KarlKunkel/SOC540/miller.pdf>. Acesso em 28.07.2011. O autor é o representante de um modelo subcultural que faz referência ao fator *classe social*, acreditando existir uma cultura das baixas classes sociais (*lower class*), autônoma e independente. Segundo seus escritos, a chamada subcultura criminal não seria senão um subproduto da cultura das classes sociais baixas, fiel aos valores e padrões delas (dureza, astúcia, critério do menor custo e da vantagem imediata etc.).

²²⁴ MATZA, David. e SYKES, Gresham. H. *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, American Sociological Review, XXXI, n. 6, 1957, p. 664-670. *Apud* GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminologia**. 3 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, p. 734. Ressalta-se que GARCIA-PABLOS DE MOLINA classifica a *teoria da neutralização* dentre os modelos de *aprendizagem social* (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 381).

²²⁵ O termo “cultura”, aqui, deve ser entendido como “o conjunto de conhecimentos, crenças, técnicas, arte, normas e outros fatores que vão sendo adquiridos através da aprendizagem e que são utilizados pelo homem em suas relações com os demais” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.62).

²²⁶ ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 83.

²²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.62-63.

Parece bastante claro que foi a partir das teorias de cunho ecológico que se caminhou para as teorias das subculturas²²⁸, pois “o questionamento sobre a suposta desorganização das áreas de delinquência resultou na percepção de que nelas não há verdadeiramente uma desordem cultural, mas que dentro da cultura ampla de um povo havia subculturas que a desafiavam”²²⁹.

Também aqui, como se percebe, o tema do controle social é tão somente tangenciado, recebendo maior atenção quando da crítica surgida por Sykes e Matza, ao tratar das *técnicas de neutralização*.

Com efeito, enquanto Albert Cohen afirmava que a subcultura teria uma “função de legitimação da atitude criminal”, atuando o infrator delitivamente tão somente quando considerado a partir do “ponto de vista da cultura oficial, mas não desde o ponto de vista da subcultura a que pertence”²³⁰, Gresham Sykes e David Matza, em artigo publicado em 1957, polemizaram referida teoria ao afirmar que:

A subcultura criminosa não tem um sistema de valores oposto aos da cultura na qual a lei se ampara, mas sim que se acha inserida nela. Após a análise de grupos de jovens condenados por delitos, Sykes e Matza afirmavam que estes reconhecem os valores gerais, admiram as pessoas que respeitam a lei e estabelecem uma distinção entre o comportamento desviado e aquele que se molda a fins corretos ou não. É bem verdade que, de todo modo, acabam adotando tais comportamentos, pois ao mesmo tempo em que aprendem tais valores, aprendem o que Sykes e Matza chamariam de ‘técnicas de neutralização’. Essas são formas de justificativa do comportamento, válidas para jovens, mas não para o sistema jurídico. (...) Tal neutralização opera contra a reação posterior à conduta, mas

²²⁸ Tal não significa, porém, que se esteja autorizado a tratar ambos os modelos de forma conjunta. Sobre a discrepância entre as *teorias subculturais* e a *análise ecológica*, ressalta GARCIA-PABLOS DE MOLINA que “para as teorias subculturais não interessa tanto a estrutura interna dos ‘bandos’ e ‘organizações’ (objetivo prioritário das teorias ‘ecológicas’), senão a ‘origem’ deles, que estão estreitamente vinculados ao problema da estratificação social. Elas representam um ‘enfoque de classe social’ que supera e enriquece a análise puramente ecológica ou ambiental”. Daí compreender-se que “o delito não é consequência da desorganização ou da carência ou vazio normativo, senão de uma organização social distinta, de uns códigos de valores próprios ou ambivalentes em relação aos da sociedade oficial: dos valores de cada subcultura” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 364-365).

²²⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 364.

²³⁰ “Deste modo, considera que os grupos de delinquentes se aproximam espacial, social e normativamente, distanciando-se das classes médias e de suas pautas de conduta, elaborando valores subculturais e normas que não só se distanciam (negativamente) das normas das classes dominantes, mas que se contrapõem (positivamente) às mesmas e as substituem por pautas de condutas vividas e desenvolvidas automaticamente, surgindo, nas subculturas criminais, uma consciência social e normativa própria (...). Trata-se, deste modo, de subculturas não tanto desviadas, mas alternativas” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63).

sobretudo contra as normas de controle social que lhe teriam impedido, de outro modo, de introjetar a possibilidade de realizar o ato no concreto²³¹.

De qualquer forma, seja qual for o modelo teórico de *socialização deficiente*, a busca pelo *desviante* se manteve, como que num interesse de extirpá-lo do seio social, pois assim se estaria enfrentando o crime “pela raiz”²³².

2.2.2 Modelos sociológicos da estrutura social defeituosa

Num segundo momento, sob o rótulo de *estrutura social defeituosa* são agrupadas as concepções que dão ênfase aos aspectos sociais na origem do delito²³³, com investigações diferenciadas em relação à análise estrutural da sociedade na qual ele surge.

Indubitavelmente, o destaque aqui há de ser dado ao modelo **estrutural-funcionalista**, em especial aos escritos de Durkheim²³⁴ e de sua *teoria da anomia*²³⁵, além daqueles trazidos por Merton.

²³¹ “As técnicas mais usuais descritas pelos autores são: a exclusão da própria responsabilidade (‘me vi obrigado a fazer aquilo’, ‘foram as circunstâncias que atuaram contra a minha verdadeira vontade’); a negação da condição de ilícito (‘não fiz nada realmente de mau’, ‘a proibição não tem sentido, pois trata-se de algo sem importância’); a negação da vítima (‘o cara merecia’, ‘não fiz mal a ninguém, é só uma empresa gigante’); a condenação dos que condenam (‘são todos uns hipócritas’, ‘os juízes e os policiais são corruptos’); ou a remissão a instâncias superiores (‘não podia decepcionar os meus amigos’, ‘me mandaram fazer’). Para Sykes e Matza, é igualmente através do aprendizado destas técnicas que o jovem se torna um delinquente, embora eles não desprezassem a importância dos fatores sociais para criar ambientes e práticas que tornam mais provável que tais técnicas sejam aceitas conjuntamente com os valores gerais” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 507-508).

²³² Enrique Del Percio demonstra com bastante precisão o equívoco das abordagens que buscam “la raíz del delito”. Em artigo intitulado *De redes, troncos y rizomas* assevera o autor que as condutas delitivas devem ser entendidas como verdadeiros rizomas, pois “sabemos que suele resultar muy difícil (y en algunos casos directamente imposible) extinguir totalmente una estructura rizomática, pero sí se puede reducir de manera considerable su expansión” (DEL PERCIO, Enrique. *De redes, troncos y rizomas*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuicio, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPPAL, 2010, p. 17-26).

²³³ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20.

²³⁴ Emile Durkheim é tido como o criador do pensamento sociológico moderno. Os princípios de sua abordagem do social são fruto da obra *As regras do método sociológico*, de 1895. “Seu objeto de estudo continuaria sendo a sociedade, mas abandonaria a tendência de fazer afirmações gerais unidirecionais ou leis válidas para toda a humanidade. (...) O individualismo analítico não podia explicar, segundo ele, a realidade nas novas sociedades industriais. Nessas, os indivíduos não podem exercer livremente escolhas sobre suas vidas; na realidade, essas escolhas estão condicionadas pelas diferentes circunstâncias sociais que os compelem a adotar determinadas condutas” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 438-439).

Ainda que a abordagem destes autores não tenha dispensado uma preocupação individualizada e imediata em relação às agências de controle social, é certo que as introduções promovidas pelos mesmos implicaram numa nova forma de pensar o crime, tendo-o como um *fato social*.

Não por outra razão que foi a partir de então que surgiram as reflexões relacionadas à *normalidade* e à *funcionalidade* do crime²³⁶.

Com efeito, foi com Durkheim que se passou a ter a ocorrência do crime como algo *normal* ao contexto social – ao menos quando praticado dentro de índices toleráveis –, tendo início o afastamento do pensamento criminológico das *causas* do crime²³⁷. Natural, então, que passasse a existir uma busca pela *função* que possuía o mesmo dentro da estrutura social. Explica García-Pablos de Molina:

Este seria normal porque não teria sua origem em nenhuma patologia individual nem social, senão no normal e regular funcionamento de toda ordem social. Apareceria inevitavelmente unido ao desenvolvimento do sistema social e a fenômenos normais da vida cotidiana. O delito seria funcional no sentido de que tampouco seria um fato necessariamente nocivo, prejudicial para a sociedade, senão todo o contrário, é dizer, funcional, para a estabilidade e a mudança social.²³⁸

²³⁵ O conceito de *anomia* foi introduzido por DURKHEIM na obra *O suicídio*, de 1897. Com ele assinalava-se “uma situação na qual se verifica uma ausência de normatividade de toda índole: moral, jurídica, econômica, política e religiosa” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 450), a qual implicaria numa “desorganização coletiva”. Esta “situação de crise ou desorganização coletiva se produz, conforme o autor, quando a sociedade não esta em condições de exercer o necessário ‘poder regulador’ que serve de moderação às ilimitadas expectativas individuais e faça viável a satisfação das mesmas em um contexto geral de equilíbrio e harmonia. A sociedade tradicional conseguia este equilíbrio mediante um sistema de ‘poderes morais’ que disciplinavam todas as atividades humanas. Na sociedade industrial moderna, o conjunto de regulamentações que dá coerência a elas sofre uma profunda crise em razão da explosão da ‘apoteose do bem-estar’” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 350-351 e nota 39).

²³⁶ “A partir da enunciação de Durkheim (*As Regras do Método Sociológico*, 1895) de ser o crime experiência normal no convívio social – ‘*el crimen es normal porque una sociedad sin el es completamente imposible*’ –, são criadas condições de possibilidade ao giro criminológico (*criminological turn*)” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7).

²³⁷ Explica ANITUA que “Durkheim não defendia o fim da distinção entre o normal e o patológico, mas sim, ao contrário, identificava o normal com o geral, com aquilo que se produz com maior assiduidade numa determinada sociedade, e os fatos menos habituais com os ‘patológicos’. Nesse sentido, ele consideraria o delito um fato social normal, sempre e quando não alcançasse índices exagerados” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 441).

²³⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 349. Embora não defendesse o fim da distinção entre o normal e o patológico, mas sim, ao contrário, identificasse “o normal como o geral, como aquilo que se produz com maior assiduidade numa determinada sociedade, e os fatos menos habituais como os ‘patológicos’, (...) consideraria o delito um fato social normal, sempre e quando não alcançasse índices exagerados. (...) além de afirmar a normalidade do delito, disse que, de um ponto de vista

Muito embora as contribuições durkheimianas nem sempre tenham representado uma ruptura – pois “continuaría com a crença em um enfoque racional da ciência sociológica, baseada na possibilidade de reduzir os comportamentos humanos e as realidades sociais a causas e efeitos”²³⁹ –, há evidência que o funcionalismo implicou numa nova concepção criminológica, a qual, inclusive, geraria reflexos no tocante ao controle social, foco desta abordagem.

Para identificar estes reflexos é importante uma aproximação, ainda que breve, das lições de Talcott Parsons. De fato, partindo das concepções funcionalistas, Parsons elaborou uma complexa teoria a partir da análise da *Estrutura da ação social*, título de sua obra escrita em 1937²⁴⁰.

Nela o autor esclareceu que a sociedade “seria a institucionalização de *padrões* de interações entre os indivíduos, circunscritas por padrões culturais e por configurações pessoais”²⁴¹. Estes *padrões* dependeriam do “compromisso do atores em se conformar com as normas e com os papéis”²⁴² que exercem, o que só seria atingido, segundo Parsons, quando houvesse uma integração entre os sistemas sociais e a personalidade, particularmente, por meio de dois mecanismos: “a *socialização* via internalização dos valores e o *controle social*, deixando claro quais são as expectativas dos papéis, institucionalização da coerção e outras medidas”²⁴³.

social, este é necessário e útil. Conforme este autor, uma sociedade isenta de delito é totalmente impossível”. Daí entender que, sob seu viés funcionalista, “o delito é indispensável para a evolução normal da moral e do direito em uma sociedade”, já que “o delito cumpre uma função social muito precisa, pois provoca uma reação social que estabiliza a sociedade e mantém vivo o sentimento coletivo de conformidade às normas. (...) O delito e a posterior reação institucional – a pena – reforçam a adesão da coletividade aos valores dominantes, por isso é funcional” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 438-448).

²³⁹ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 439. Justamente por isto, Egberto Zimmermann afirma que o funcionalismo teria sido criado por Auguste COMTE, como uma das primeiras teorias sociológicas: “Sua intenção era a de criar uma disciplina que adotasse os métodos científicos, sobretudo o conhecimento empírico, para estudar e analisar melhor o mundo social e a sociedade, baseada numa lógica positivista de causa e efeito” (ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 62).

²⁴⁰ ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 65.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

²⁴² *Ibidem*, p. 65.

²⁴³ ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p. 65. Explica ANITUA que, com o marco de referência da ação, Talcott PARSONS “faria mudar o tratamento com relação à natureza do termo ‘controle social’ no que concerne à significação da conformidade moral. Enfocou, contudo, o conceito desde a ótica sociológica (...), com a qual estabelecería uma relação congruente entre o desvio e a carência de socialização e, em seguida, de controle social. Sua principal inovação se daria justamente pelo reconhecimento do direito como uma manifestação do controle social, destinado, como toda variante controladora, a garantir a ordem social. Com isso separava-se da diferença originária entre a função de controle social e a

Ao compreender que a sociedade possibilita “orientar” a conduta da pessoa, seja por meio de uma orientação “motivacional”, seja através de uma orientação “de valor”²⁴⁴, Parsons abriu o caminho para uma nova forma de discutir o *desvio criminal*:

Com efeito, existirão indivíduos que não internalizarão esses valores. Mas precisamente por esse motivo eles serão vistos como “desviados”, “doentes” ou mal socializados. O processo de socialização – família, escola, amigos, trabalho, meios de comunicação etc. – constitui a principal força integradora para manter a unidade da sociedade. Este processo ensina as gratificações e sanções que o indivíduo pode esperar se atua de acordo com o seu papel e seu status social. O indivíduo encontra-se, então, e na realidade, “preso”, compelido a atuar de acordo com esses valores sociais para obter satisfação e não prejuízo, e por isso compartilha os valores. Nessas circunstâncias, aquele que não os aceita só pode ser um indivíduo de natureza patológica ou doente.²⁴⁵

Em 1951, na obra *O sistema social*, Parsons aperfeiçoaria o conceito de “desviado”, no qual introduzia “a possibilidade de que tal patologia se produzisse pelo abandono ou desinteresse de toda a sociedade em relação a um indivíduo”²⁴⁶, lição que, na segunda metade do século XX, influenciaria o desenvolvimento do funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann²⁴⁷.

De qualquer modo, interessa pontuar que foi a partir das concepções de Durkheim e Parsons que, em ensaio publicado em 1938 sob o título *Estrutura social e anomia*, Roberto King Merton converteu a *teoria da anomia* de Durkheim em teoria da criminalidade, passando a apresentar uma explicação geral da conduta desviada.

Segundo esse autor, a *anomia* não seria a mera crise de alguns valores ou normas em razão de certas circunstâncias sociais, “senão, antes de tudo, o sintoma ou expressão do vazio que se produz quando os meios socioestruturais existentes

gestão de controle estatal” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 468).

²⁴⁴ “A primeira [orientação motivacional] corresponde à personalidade e surge do cálculo feito pelo indivíduo para satisfazer seus desejos com um mínimo de sacrifício. A orientação de acordo com valores corresponde aos limites que a sociedade impõe” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 469).

²⁴⁵ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 469-470.

²⁴⁶ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 470.

²⁴⁷ A relação de Niklas LUHMANN com as lições de PARSONS e suas implicações no intitulado “direito penal do inimigo” certamente demandariam estudo aprofundado que fugiria aos propósitos do presente trabalho. Cita-se como referência básica sobre o tema as obras de JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009 e ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

não servem para satisfazer as expectativas culturais de uma sociedade”²⁴⁸. De modo que:

O problema do desvio, e em última instância da anomia, encontra-se, pois, na estrutura social. A estrutura social não permite a todos os indivíduos que seu comportamento se oriente de acordo com as metas e meios culturalmente compartilhados. É o pertencimento a um setor social mais favorecido que permite a alguns realizar tarefas bem remuneradas e leva outros ao delito, embora ambos compartilhem dos mesmos valores culturais.²⁴⁹

Advertem Muñoz Conde e Hassemer, entretanto, que esta concepção anômica apresentada por Merton trouxe para a criminologia “mais um estímulo à problematização que uma resposta”²⁵⁰, tendo representado um dos maiores impactos no desenvolvimento da sociologia e da criminologia, já que gerou “mais consciência crítica sobre as falhas estruturais da sociedade”²⁵¹.

Um grupo de modelo sociológico que seria fruto desta maior consciência crítica diz respeito ao das **teorias do controle social**, as quais consideram que, embora qualquer pessoa possa atuar delitivamente, esta potencialidade é neutralizada pelos vínculos sociais que exigem dela uma conduta conformista. Só quando esses mecanismos de controle fracassam, é que o crime seria produzido²⁵².

Diferentemente das demais concepções, este modelo não foca seus estudos nas *causas* do crime em si, mas na indagação da razão pela qual a maioria das pessoas se conforma com as normas ao invés de violá-las. É curioso identificar que, em 1980, o sociólogo Norbert Elias teria partido desta mesma premissa para enfrentar o estudo da relação civilização e violência:

Es frecuente hacer un planteamiento errôneo cuando uno se propone investigar el problema de la violencia física en la convivencia humana.

²⁴⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 351.

²⁴⁹ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 475-476.

²⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77.

²⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77. Dentre as críticas à teoria da anomia de Robert Merton, citam os autores aquelas apresentadas tanto por CLOWARD e OHLIN, referente à desigualdade de oportunidades, como por HYMAN e MIZURCHI, afeta à resignação social. A referência de pesquisa, aqui, é o item 3 do capítulo V da obra mencionada.

²⁵² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

Normalmente, uno se pregunta cómo es posible que personas que viven en una sociedad lastimen o maten a otras o cómo es que pueden llegar a convertirse en terroristas. Sería más adecuado y, por lo tanto, más fructífero, se planteásemos la cuestión de otra manera: cómo es posible que tantos individuos puedan vivir en paz, sin temor de ser lastimados o muertos por otros más fuertes, de forma tan pacífica como normalmente se da en las grandes sociedades estatales de Europa, América, China o Rusia de nuestros días?²⁵³

De se ressaltar, de qualquer forma, que, no âmbito criminológico, o destaque desta concepção teórica foi a obra de Hirschi²⁵⁴, na qual se encontra evidente preocupação com o papel exercido pelas agências de controle social informal na configuração da criminalidade²⁵⁵.

O que se pretende, com esta breve evolução teórica, é deixar claro que a partir da entrada em cena do funcionalismo seriam lançadas as bases que fariam com que as abordagens sociológicas se desapegassem dos anseios etiológicos, passando a demonstrar um interesse cada vez maior pelo controle social.

2.3 O CRIME E O SISTEMA PUNITIVO

Assevera Rosa del Olmo que a virada do século XX implicou numa verdadeira “ruptura criminológica”²⁵⁶. Encabeçado pelos estudos de Durkheim²⁵⁷ e

²⁵³ ELIAS, Norbert. **Los Alemanes**. Buenos Aires: Nueva Trilce, 2009, p. 186. Na oportunidade, ressaltava o autor, ainda, que, nunca antes, no desenvolvimento da humanidade, tantos seres humanos conviveram de maneira relativamente pacífica como se dá, atualmente, nos grandes centros e países.

²⁵⁴ Travis HIRSCHI (*Causes of delinquency*, 1969) elaborou a *teoria do vínculo* (ou *enraizamento social*), segundo a qual o comportamento criminal ocorre quando os vínculos sociais do indivíduo estão enfraquecidos, diminuindo, como consequência, o controle social informal exercido sobre ele. (ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011, p.100-106).

²⁵⁵ Dentre os autores representantes do modelo do controle social, GARCIA-PABLO DE MOLINA cita, ainda, Walter Cade RECKLESS e sua *teoria da contenção* desenvolvida no ensaio *Containment Theory*, de 1970 (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 383). De se ressaltar, porém, que, segundo ANITUA, desde 1961, na obra *O problema do delito*, o autor já esboçava referida teoria, ao insistir que “entre os elementos de controle do comportamento humano, o individual é o mais importante. (...) as qualidades pessoais em alguns casos funcionam como fatores ‘imunizantes’ dentro de um ambiente nitidamente delitivo. Essas qualidades são mecanismos de contenção, que podem possuir índole interna ou externa: de índole ‘interna’ seria a personalidade, e de índole ‘externa’, a moralidade e a disciplina apreendida” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 520).

²⁵⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6. Adverte o mesmo autor que a idéia tradicional de um avanço linear do saber criminológico acaba por interferir, de forma negativa, no ensino acadêmico da criminologia: “os primeiros problemas derivam do percurso apresentado como história oficial da criminologia. Ao pressupor o avanço

Merton, este período representou uma radical crítica ao paradigma etiológico, reconhecendo Alessandro Baratta uma forte mudança sociológica na criminologia²⁵⁸.

Passando a ser cada vez mais criticável que “buscar em alguma misteriosa patologia do delinqüente a razão última do comportamento criminal é uma velha estratégia tranquilizadora (...) que carece de apoio real, pois são tantos os sujeitos ‘anormais’ que não delinqüem como os ‘normais’ que infringem as leis”²⁵⁹, a partir de então, o objeto do estudo criminológico deixaria de ser a pessoa do delinqüente e passaria a ser as instâncias que criam e administram a delinqüência, fazendo com que a criminologia cedesse espaço para os estudos do controle social e da estigmatização gerada pelo processo de criminalização²⁶⁰.

Necessário reconhecer, entretanto, que as noções gerais dos meios de controle social teriam sido aventadas muito antes de qualquer enfoque estigmatizante.

linear da técnica criminológica, concebido a partir da idéia de que novas teorias sucedem padrões de investigação defasados e que os novos modelos são necessariamente mais avançados em termos científicos, restou esquecido o fato de que as teorias e os inúmeros processos de conhecimento (inclusive não científicos) acerca de determinados temas coabitam, coexistem simultaneamente e são compartilhados no fluxo histórico. Ademais, mesmo quando há efetivamente superação de sistemas e de estruturas de pensamento, as novas ‘estruturas emergem lentamente’, para utilizar a terminologia de Cordero, ao referir o processo de edificação do sistema inquisitório medieval a partir do Concílio de Verona, em 1184” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8).

²⁵⁷ DURKHEIM, segundo Philippe Robert, evidenciou que a “sociologia não podia mais construir o estudo do crime sobre a pesquisa dos determinantes da ação e que se devia começar pela reação social suscitada pelo crime” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 93).

²⁵⁸ Esse período teria constituído na “primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinqüente e, por consequência, à variante positivista do bem e do mal” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997, p. 59). Na mesma linha, sobre a redefinição do determinismo etiológico, ressalta Salo de Carvalho que “a negação da pesquisa das causas do desvio nos fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), ou em determinadas situações patológicas da estrutura social, abre espaço para o nascimento de novos discursos, desvinculados das concepções causal-deterministas e, naturalmente, dos seus efeitos deletérios aos sujeitos criminalizados” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7).

²⁵⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

²⁶⁰ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 588. Igualmente precisa, neste ponto, a crítica de Salo de Carvalho em relação ao saber criminológico derivado do positivismo naturalista e etiológico, ao concluir que “a investigação criminológica neste modelo foi reduzida à atuação punitiva. Localizado nos cárceres, o laboratório criminológico sustentado pela matriz determinista forneceria elementos acerca do grau de periculosidade dos réus e dos condenados, elaborando a pedagogia de reforma e adaptação do *homo criminalis* à sociedade” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5).

Explica Anitua que, já no surgimento da Escola de Chicago, o tema do controle social era uma preocupação que teria decorrido do reconhecimento da *desorganização social*. Ao estudar as mudanças sociais enfrentadas pelos Estados Unidos nos últimos anos do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, destaca que:

Havia abundância de capitais e carência de mão-de-obra, razão pela qual teve lugar o enorme movimento migratório (...). Todos estes imigrantes se concentrariam nas cidades mais industrializadas, como Nova York, Detroit e Chicago, onde surgiram guetos de coletividade com valores bastantes distintos dos dominantes entre as classes dirigentes. (...) O grande problema que iria ser colocado nesse momento seria o da integração. [Isto é], o estudo da mudança social que o imigrado sofre no novo meio. Isso está relacionado com a “desorganização social” (...) com o enfraquecimento das normas sociais que afetava os comportamentos individuais. (...) Concretamente, a desorganização social é a diminuição da influência das regras de conduta, existentes e reconhecidas, que controlam os indivíduos do grupo. A sociedade moderna se desorganiza porque os meios de “controle social” realmente importantes, os baseados na comunidade e nos grupos de relações primárias, enfraqueceram-se por conta da heterogeneidade cultural, do anonimato, do individualismo e da concorrência social. Essa desorganização social determina a desorganização individual e, por conseguinte, tem-se que estudar a primeira, juntamente com os novos métodos de “controle social” para solucionar os problemas de marginalização e atraso que produzem, entre outras coisas, delitos. (...) Esses problemas, de acordo com esses autores e de acordo com o ideário da Escola de Chicago, não podiam ser solucionados pelo Estado, mas sim por um verdadeiro “controle social” ²⁶¹.

Não por outra razão, conclui o mesmo Anitua que os primeiros estudos propriamente criminológicos que foram fundamentais em Chicago – os estudos já referidos de Robert Ezra Park, em 1915, e Ernest W. Burgess, em 1921 – nada mais representaram do que uma mera continuidade da obra do sociólogo Edward A. Ross, autor, em 1901, do livro *Controle Social*, um termo que, futuramente, assumiria especial importância tanto para a sociologia, quanto para a criminologia e o direito penal.

De se atentar, porém, que esse uso da expressão *controle social*, de início, não estava associado às atividades estatais, mas a um significado que remetia ao controle realizado preponderantemente pelas próprias comunidades ²⁶².

²⁶¹ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 409 e 415-416.

²⁶² “O conceito de controle social teve, na obra de Ross, um significado pontual que remete mais às idéias comunitárias do que às estatais. (...) essa idéia estava presente nos diferentes autores mencionados acima, que reduziam este controle ao ‘autocontrole’ ou àquele realizado por

Na realidade, a referência ao termo sob um viés não somente comunitário, mas também estatal, viria no tratamento que lhe fora empregado por Alfred Radcliffe-Brown, um dos principais representantes na antropologia funcionalista britânica²⁶³, que na obra *Estrutura e funções na sociedade primitiva*, de 1933, traria a idéia de *castigos organizados e castigos difusos*:

As sanções organizadas são procedimentos definitivos, regulados e reconhecidos, dirigidos contra pessoas cujo comportamento é socialmente desaprovado ou rechaçado por alguma autoridade; e as sanções difusas, espontâneas e desorganizadas são as que surgem, normalmente, da desaprovação geral da comunidade ou de uma parte dela – aqui ele se refere à opinião pública, crenças religiosas etc. Pela primeira vez, ambas as formas de castigo, a institucional e a social, foram definidas como ‘o controle social através da aplicação sistemática da forma de sociedades politicamente organizadas’²⁶⁴.

É neste passo que ganha relevo a análise, ainda que breve, dos **modelos criminológicos conflituais**, os quais – diferentemente das teorias estrutural-funcionalistas que tinham como premissa sociedades em que os valores seriam resultado de consenso – “pressupõem a existência na sociedade de uma pluralidade de grupos e subgrupos que, eventualmente, apresentam discrepâncias em suas pautas valorativas”²⁶⁵, entendendo por isto que:

É o conflito – não o consenso ou a integração normativa – que garante a manutenção do sistema e que promove as alterações necessárias para seu desenvolvimento dinâmico e estável. O crime, em consequência, é contemplado como expressão dos conflitos existentes na sociedade, conflitos, por certo, não necessariamente nocivos para ela.²⁶⁶

instituições privadas. Isso pode ser atribuído ao fato de que esse conceito tenha sido formulado por estudiosos nascidos em pequenas comunidades nas quais o controle dos outros através da vergonha e da censura resultava muito mais efetivo do que as diferentes formas ensaiadas pelo Estado” ((ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 421-422).

²⁶³ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 452.

²⁶⁴ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 456.

²⁶⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 355.

²⁶⁶ Segundo GARCIA-PABLOS DE MOLINA, as *teorias conflituais* apresentam, basicamente, quatro postulados: “a ordem social da moderna sociedade industrializada não tem por base o consenso, senão a dissensão; o conflito não expressa uma realidade patológica, senão a própria estrutura e dinâmica da mudança social, sendo funcional quando contribui para uma alteração social positiva; o Direito representa os valores e interesses das classes ou setores sociais dominantes, não os gerais da sociedade, aplicando a justiça penal as leis de acordo com referidos interesses; o comportamento delitivo é uma reação à desigual e injusta distribuição de poder e riqueza na

A menção às premissas *conflituais* é válida a partir do instante em que se identifica que foi a partir delas que tiveram origem diversas concepções criminológicas que, em menor ou maior grau, apresentam interesse para os fins da pesquisa²⁶⁷. É o caso das denominadas por Garcia-Pablos de Molina de *teorias conflituais sociais de base não marxista*²⁶⁸.

De fato, particularmente a partir destas teorias, a dissociação com os interesses etiológicos e a preocupação com o processo criminalizador e o controle social passou a se mostrar evidente. Não por outra razão que dentre as suas proposições mais significativas são mencionados o “comportamento discriminatório da justiça penal, a sua evolução histórica de acordo com os interesses da classe dominante e o processo de criminalização das classes sociais exploradas”²⁶⁹. Processo de criminalização, inclusive, que, neste primeiro momento, estaria diretamente vinculado ao papel exercido pelas agências de controle social formal. Por isso, sob este viés, o crime seria entendido como:

Produto normal das tensões sociais e carece de significado patológico. A ordem social (...) é constituída de uma pluralidade de grupos, segmentos e estratos, que disputam o poder político sem chegar a monopolizá-lo por completo. As estruturas de dominação se articulam sobre a base de um poder diferenciado, não absoluto, sendo este só um dos fatores que inspiram a criação e o processo de aplicação das leis. Estas teorias, ademais, situam o conflito em um remoto e abstrato âmbito político, desconectado dos modos de produção e da infra-estrutura socioeconômica da sociedade capitalista.²⁷⁰

sociedade” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 355-356).

²⁶⁷ Dentre às de menor interesse para os fins do presente faz-se referência às “teorias dos conflitos culturais”, que têm como principais representantes Donald TAFT (*Criminology*, 1942) e Johann Thorsten SELLIN (*Culture conflict and crime*, 1939). Em TAFT, a criminalidade seria “produto da mudança social; a cultura, com suas numerosas contradições internas, seria o fator criminógeno por excelência”. A criminalidade, assim, seria produto da escassa credibilidade de certos valores tradicionais, da crise de instituições herdadas, do impacto antipedagógico de certos exemplos de grande repercussão pública, da dupla moral social e da crise moral derivada das contradições internas da cultura vigente. Já para SELLIN “os conflitos não se produzem entre modelos culturais em bloco, senão entre as pautas normativas dos diversos grupos e subgrupos sociais, cujas valorações são discrepantes” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 356-357).

²⁶⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 357-360.

²⁶⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 360.

²⁷⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 361.

Esta visão que aproxima o sistema criminal das discussões afetas ao embate entre os interesses do grupo dominante e o das camadas sociais exploradas passaria a ser uma constante nos escritos de Dahrendorf²⁷¹, de Coser²⁷² e de Chambliss e Seidman²⁷³, alguns dos principais representantes deste modelo criminológico.

Garcia-Pablos de Molina faz referência, ainda, a Quinney²⁷⁴ e Turk²⁷⁵, nos quais, ao menos em parte de seus escritos, se notam presentes as concepções conflituais.

²⁷¹ Segundo Ralf DAHRENDORF (*Class and class conflict in industrial society*, 1959) “as organizações sociais existem, se consolidam e evoluem não por causa do consenso ou acordo universal, senão em virtude da coação e da pressão de umas sobre outras. (...) o conflito já não ocupa o centro da dinâmica do sistema social, senão o próprio eixo de equilíbrio do mesmo. A seu juízo, o anormal não é a presença senão a ausência de conflitos: somos capazes de regulá-los, de controlá-los e inclusive de suprimi-los temporalmente, porém não de erradicá-los por completo e para sempre. O conflito entre os grupos que detêm o poder e os submetidos a este pode atuar funcionalmente, portanto, contribuindo para um desenvolvimento mais justo e efetivo da ordem social: não é necessariamente nocivo para este” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 358 e nota 68).

²⁷² Lewis COSER (*The Functions of Social Conflict*, 1956) afirma que o conflito, igualmente, é funcional. O faz, porém, sob o argumento de que ele “assegura a mudança social e contribui para a integração e conservação da ordem e do sistema. (...) Para o autor o conflito é uma válvula de segurança da ordem social e mantém as divisões sociais e os sistemas de estratificação” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 358 e nota 69). Ressalta ANITUA que a maior virtude de COSER teria sido “a de unir as explicações de Durkheim sobre o consenso e as de Marx sobre o conflito, às quais talvez se opusesse de forma exagerada” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 601).

²⁷³ William CHAMBLISS e R. SEIDMAN (*Law, Order and Power*, 1971) “sustentam que a justiça penal não é um mecanismo neutro capaz de resolver pacificamente os conflitos penais, senão mera expressão da estrutura conflitual de uma sociedade cujas repartições oficiais atuam conforme as ‘estruturas do poder’ e consoante os interesses dos grupos que o detêm, tanto ao criar o direito como ao aplicá-lo” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 359 e nota 74). Muito embora a referência a CHAMBLISS dentre os autores da sociologia do conflito, ressalta ANITUA que, na verdade, ao lado de Richard QUINNEY e Austin TURK, William Chambliss encontra-se “entre os primeiros criminólogos críticos”, sendo reconhecidos “como ideólogos de uma nova criminologia que reúne as contribuições teóricas às críticas políticas da década de 1960”. A título de exemplo, cita seus primeiros estudos que, ainda em meados dos anos sessenta, analisou “o surgimento histórico de determinados delitos em confronto com as necessidades do mercado de trabalho. Dessa forma, mostrava como a legislação contra os pobres na Europa absolutista modificava-se de acordo com as necessidades econômicas e do trabalho”. Daí não ser estranho anos mais tarde vincular-se ao marxismo compreendendo a criminalidade como “resultado das imposições culturais, relacionadas ao consumo, e das necessidades materiais, fomentadas pelo processo de extração de mais-valia” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 658).

²⁷⁴ Até sua conversão ao marxismo, a principal obra de Richard QUINNEY é *The Social Reality of Crime*, de 1970. Nela o autor “parte da normalidade, da funcionalidade e da inevitabilidade do conflito: a distribuição diferenciada do poder produz os conflitos entre os diversos grupos da sociedade que pretendem monopolizá-lo. A natureza puramente ‘definitorial’ do delito, a decisiva relevância dos ‘interesses do poder’ na gênese das definições legais, no processo de aplicação destas e na transmissão dos modelos de comportamento, assim como o chamado ‘construtivismo social’, são os três postulados essenciais” desta teoria (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio;

De qualquer forma, é válido perceber que “todas essas contribuições teóricas ‘conflituais’ seriam fundamentais para interpretar a forma na qual realmente funcionam a criminalização”²⁷⁶ e as instituições que teriam passado a ser objeto do pensamento criminológico.

Ainda maior importância para o estudo criminológico voltado às agências de controle social teriam as concepções *do conflito social de base marxista*²⁷⁷.

Com efeito, nestas resta bastante claro que há o surgimento de uma crítica voltada às agências de controle social, corolário exatamente da discussão cada vez mais frequente em torno da legitimidade do próprio Estado.

Por entender que o crime é um produto histórico e contingente da sociedade capitalista, na qual esta ínsito o confronto entre as “classes antagônicas”²⁷⁸ – uma se sobrepondo e explorando a outra, inclusive, por meio do Direito e do sistema criminal –, nesses modelos criminológicos, como ressalta Garcia-Pablos de Molina, o conflito passaria a ser:

[...] um conflito de classes enraizado nos modos de produção e na infraestrutura econômica daquela que concebe o sistema legal como mero instrumento a serviço da classe dominante para oprimir a classe trabalhadora. Os integrantes e as repartições da Justiça Penal são definidos como “administradores” da criminalidade, porque não estariam organizados para lutar contra o delito senão “recrutar” a população desviada dentre as pessoas das classes trabalhadoras que constituem sua “clientela” natural. Até mesmo a criminalidade, conforme o pensamento marxista, não é mais que o subproduto final de um processo de criação e aplicação de leis orientadas sempre para as classes submetidas.²⁷⁹

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 359 e nota 72).

²⁷⁵ Austin TURK (*Criminality and Legal Order*, 1969), afastando-se das teses marxistas oficiais, propugnava “por um modelo conflitual radical, baseado nas ‘relações de poder’ que, a seu juízo, explicam de modo neutro, livre de valores, o fenômeno da conduta desviada e o da criminalização”. Em sua teoria – na qual o autor assume o enfoque do *labelling approach* – elucida-se “sob quais condições as discrepâncias culturais e sociais entre autoridade e indivíduos conduzem ao conflito, sob quais outras se produz a criminalização e em que medida influi o *status* do indivíduo em seu etiquetamento como delinquente” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 359-360 e nota 73).

²⁷⁶ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 602.

²⁷⁷ Uma vez mais, a denominação é de GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 361-372.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 361.

²⁷⁹ “Em consequência, a Criminologia ‘radical’ contesta sistematicamente a função ‘legitimadora’, ‘conservadora’ do *status quo* que teria cumprido a Criminologia atual, ao não questionar nem criticar tanto os processos de definição (criação da lei penal de acordo com os interesses da classe dominante) como os discriminatórios processos de seleção (aplicação da lei em prejuízo das classes oprimidas)” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 361-362).

Recebendo diversas denominações – *criminologia crítica*²⁸⁰, *criminologia radical*, *nova criminologia* – estas teorias lastreiam-se fundamentalmente no pensamento de Karl Marx e Friedrich Engels e receberam valioso impulso em 1973 com a obra *The new criminology*, de Taylor, Walton e Young²⁸¹, além dos estudos desenvolvidos pela *National Deviancy Conference*²⁸².

Muñoz Conde e Hassemer reconhecem que as idéias de Marx e Engels serviram, e ainda servem, “como crítica alternativa ao modelo econômico e social do capitalismo e como denúncia de suas principais cicratizes e defeitos”²⁸³. Daí implicarem numa renovação “das teorias criminológicas tradicionais e chamar a atenção para outros fatores e problemas da criminalidade que até então passaram despercebidos”²⁸⁴.

Não se ignora, no entanto, que essa *renovação* não teve sua origem propriamente nas teorias de Marx, mas apenas nas suas idéias²⁸⁵. Até porque, em seus escritos, a referência ao *crime* e ao *controle social* encontram-se apenas

²⁸⁰ Embora consagrada, a expressão *criminologia crítica* pode dar a falsa percepção de que foi somente a partir de então que teria se desenvolvido um pensamento propriamente crítico. Em absoluto, pois o exercício da faculdade crítica encontra-se na gênese do próprio nascimento da filosofia, ainda no século V a.C. Neste sentido, assevera Fábio Konder Comparato que “no século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o ‘século de Péricles’), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 9).

²⁸¹ Ressalva ROBERT que o intitulado *Grupo de York* se formou em torno do manifesto de Ian TAYLOR, Paul WALTON e Jock YOUNG, de 1973. De orientação marxiana, “essa obra resultou em um programa dualista: por um lado, entendeu-se necessário estudar o crime de longe (sua economia política) e de perto (sua psicologia social), assim como seu processo (sua dinâmica social); por outro lado, devia-se examinar a reação social, igualmente de longe (sua economia política) e de perto (sua psicologia)” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 116).

²⁸² O *National Deviancy Conference* representou uma “organização constituída em 1968 por um grupo de sociólogos britânicos que assumem o modelo conflitual do *labelling approach*, com todas suas implicações” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 361). Conforme BERGALLI seus integrantes “pretendieron poner al descubierto la naturaleza política que revestía la lucha de grupos marginados (alcohólicos, drogadictos, enfermos recluidos en hospitales psiquiátricos, presos, etc.) como lucha de clases, lo que les permitió traducirla en praxis política. De esta manera procedieron a liberar al pensamiento criminológico de su clásica visión anormal o patológica sobre el acto criminal y el desviado, tratando así de otorgar una ‘racionalidad alternativa’ y una correspondiente autenticidad al comportamiento de aquellos marginados” (YOUNG, Jock. **La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. IV).

²⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

²⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

“diluídas em temas gerais do modo de produção, luta de classes”²⁸⁶, Estado, ideologia etc, que foram objeto de tratamento autônomo”²⁸⁷.

Isto, porém, não diminuiu em nada o impacto que essa ideologia produziu no terreno criminológico, pois foi a partir de então que passou a ser percebida uma evidente preocupação com o histórico desenvolvimento das instituições e repartições responsáveis pelo controle social, assumindo um interesse diferenciado a demonstração de que “as mudanças da legislação e dos portadores do controle social correspondem à evolução do capitalismo econômico”²⁸⁸.

Conforme Muñoz Conde e Hassemer, a criminalidade deixaria de ser tida como “um comportamento ontológico preexistente a qualquer sistema de controle social ou jurídico, mas sim um produto do próprio sistema”²⁸⁹. Ilustrativamente, citam os autores prólogo da obra de Marx, *Contribuição à crítica da economia política*, de

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

²⁸⁶ “As idéias (*Gedanken*) da classe dominante são, em todas as épocas, as idéias dominantes; ou seja, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo sua força espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, o que faz com que sejam a ela submetidas, ao mesmo tempo, as idéias daqueles que não possuem os meios de produção espiritual. (...) Os indivíduos que formam a classe dominante possuem, entre outras coisas, também uma consciência e, por conseguinte, pensam; uma vez que dominam como classe que determinam todo o âmbito de um tempo histórico, é evidente que o façam em toda a sua amplitude e, como consequência, também dominem como pensadores, como produtores de idéias que controlem a produção e a distribuição de idéias de sua época, e que suas idéias sejam por conseguinte, as idéias dominantes de um tempo” (MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 78).

²⁸⁷ “Além disso, estas referências ao delito ou à criminalidade em geral, consideradas de forma isolada e analisadas fora do contexto do resto de sua obra, podem inclusive sugerir que a postura de Marx estava mais imbuída pelos preconceitos burgueses diante da delinquência que pela aplicação, consequentemente, de sua própria idéia”. O exemplo é a conceituação dada ao termo “lumpenproletariado” apresentada no *Manifesto do Partido Comunista*, como sendo “um produto passivo da putrefação. Deflação das camadas mais baixas da velha sociedade ... disposto a vender-se para as forças reacionárias” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105).

²⁸⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 362. Procurando sistematizar a contribuição de MARX para uma “teoria científica sobre o delito e o controle social”, MUÑOZ CONDE e HASSEMER apresentam “três teses fundamentais que constituem, por sua vez, a base das correntes criminológicas que desde o último quarto do século XX se conhece como nova Criminologia ou Criminologia crítica: 1ª) dependência do Direito e dos demais sistemas de controle social dos modos de produção. 2ª) crítica ao mito do Direito penal como direito igualitário. 3ª) elaboração de uma teoria científica e, portanto, crítica, capaz de desmistificar o caráter ideológico e superestrutural dos diversos sistemas de controle social e, concretamente, do Direito penal” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109-110).

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 107.

1859, que já evidenciava como os ideais marxistas bem serviriam aos propósitos criminológicos²⁹⁰.

O passo seguinte foi situar o desvio social num contexto maior, “relacionando-o com as estruturas sociais e com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição”²⁹¹, transferindo o centro de atenção dos estudos criminológicos da pessoa do *desviante* para os “mecanismos sociais institucionais que definem, criam e sancionam a delinquência”²⁹².

De qualquer forma, como lembra Salo de Carvalho, embora o despertar crítico trazido por estas concepções, não se pode isentá-las por completo de incorreções:

Se é possível criticar a criminologia positivista-etiológica por (a) estar demarcada pelos saberes sanitaristas psiquiátricos e psicológicos, (b) ter adquirido feição essencialmente institucional, (c) reproduzir concepções patológicas do crime e do criminoso e, em decorrência, (d) operar sua demonização; parte do discurso crítico derivado do giro criminológico padecerá por (a) estar colonizado pela sociologia, (b) não ter rompido com a institucionalização do saber, visto que seu local acadêmico é igualmente institucional, (c) reproduzir igualmente perspectivas causal-deterministas – não individuais como o modelo etiológico (microcriminologia) mas estruturais como os econômicos – e, em consequência, (d) realizar a romantização do criminoso²⁹³.

2.3.1 A cifra negra e o enfoque do etiquetamento

²⁹⁰ Conforme explicam MUÑOZ CONDE e HASSEMER, se para MARX é “‘o modo de produção de vida material que condiciona o processo da vida social, político e intelectual em geral’ (...) também deve ser este que condiciona o nascimento da delinquência” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107). Não é demais ressaltar que, na obra referida, reforça MARX que “não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina sua consciência” (MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5).

²⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107.

²⁹² *Ibidem*, p. 107.

²⁹³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7. Apesar desta observação, entretanto, é forçoso reconhecer que, hoje, as abordagens sociológicas constituem “o paradigma dominante e contribuíram decisivamente para um conhecimento realista do problema criminal. Mostram a natureza ‘social’ deste problema, assim como a pluralidade de fatores que interatuam nele; mostram ademais sua conexão com fenômenos normais e ordinários da vida cotidiana, a especial incidência de variáveis espaciais e ambientais em sua dinâmica e distribuição, que outorgam, por exemplo, um perfil próprio à criminalidade urbana; mostram ainda o impacto das contradições estruturais e do conflito e a mudança social na dinâmica delitiva, o funcionamento dos processos de socialização em função da aprendizagem e identificação do indivíduo com modelos e técnicas criminais, assim como a transmissão e vivência de referidas pautas de conduta no seio das respectivas subculturas; mostram, por fim, o componente ‘definitorial’ do delito e a ação seletiva discriminatória do controle social no recrutamento da população reclusa etc.” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 338).

De qualquer modo, diante destas concepções, foi previsível o advento de um **modelo criminológico interacionista**, pois se até então a criminalidade vinha sendo estudada dentro de um modelo de sociedade que não se questionava ou que parecia imutável e que, portanto, deveria ser aceita, “procurando atenuar suas asperezas”²⁹⁴ e solucionar suas causas, sob a nova concepção, a criminalidade passaria a ser entendida como

[...] uma construção artificial que a própria sociedade fabrica e define para melhor confirmar um sistema de dominação, de interesses e de poder, que é, em definitivo, o que determina que tipos de condutas devem seletivamente ser criminalizadas, independentemente de sua danosidade social, e a que tipo de pessoas devem ser adjudicadas a etiqueta de delinquente.²⁹⁵

Longe de ser vista como uma qualidade inerente à conduta, sob esta concepção, a criminalidade assumiria a condição de resultado de um processo no qual se atribui a referida qualidade, ou seja, do resultado de um processo de estigmatização ou etiquetamento²⁹⁶, no curso do qual fundamental passaria a ser o papel exercido pelas agências de controle social formal.

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91.

²⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91. Ressalte-se que, muito embora os diversos pensamentos criminológicos, por vezes, sejam vistos como antagônicos, citando Elena Larrauri, lembra Salo de Carvalho que “até a década de 60 a integralidade das teorias exploratórias eram causais, pois ‘si analizamos la evolución teórica del concepto de causa, veremos que en un inicio todas las teorías criminológicas podían ser acusadas de deterministas. Em efecto, todo análisis causal que resalta um factor puede ser acusado de ‘determinista’, y en este sentido también la criminología crítica” CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25. “Os movimentos e as escolas criminológicas, desde a constituição das ciências penais na Modernidade, estiveram centrados no binômio *criminalidade* e *criminalização*. A primeira perspectiva, de tradição determinista, conglobou distintas teorias explicativas da criminalidade, modelos micro ou macrocriminológicos – centrados no *homo criminalis* ou na estrutura socioeconômica, respectivamente –, os quais, por mais dicotômicos desde a orientação ideológica, mantiveram a mesma metodologia e a mesma finalidade: realizar o diagnóstico da causa da delinquência e sugerir o prognóstico para sua contenção. Interessante notar que este modelo de conceber a técnica criminológica abrange desde as tendências etiológicas da criminologia positivista, centradas na patologia do indivíduo delinquente, às correntes críticas, cuja explicação da criminalidade é reduzida à questão econômica. É possível afirmar, portanto, que a tendência causal, independente do motivo da justificação do crime, segue determinado padrão de procedimento, estilo científico próprio” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24-25).

²⁹⁶ Adverte ANITUA que é do “estigma” que decorre a imposição da “etiqueta” (de louco, delinquente etc.). Termo grego que se empregava às “marcas ou tatuagens que se aplicavam, no início do poder repressivo, para individualizar quem havia sido expulso da comunidade ‘normal’”, o *estigma* implicava numa “marca social desqualificadora que impede que um indivíduo seja aceito na sociedade”. A obra de referência, neste aspecto, é a de Erving GOFFMAN, *Estigma*, de 1963, na

Conforme precisa observação de Augusto Thompson²⁹⁷, segundo esta concepção, só é estigmatizado como criminoso, de modo a suportar os preconceitos e o tratamento diferenciado por parte da sociedade, “a pessoa que, além de haver concretizado um comportamento previsto em abstrato em alguma norma penal, percorrer todas as fases existentes desde a prática do delito até a sua condenação e terminar encarcerado”²⁹⁸. De modo que, “se alguém viola um preceito criminal, porém escapa de cumprir na íntegra este trajeto, oficialmente não será tido por criminoso”²⁹⁹.

Embora tenha surgido como uma modesta “explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras criminais e à chamada desviação secundária”³⁰⁰, esse enfoque que atentava ao *etiquetamento* não tardou “a adquirir a natureza de mais um modelo teórico explicativo do comportamento criminal”³⁰¹.

Identifica Hassemer que este modelo implicou na assunção pela criminologia de um *paradigma do controle*, pois teria havido não somente uma substituição do objeto de pesquisa, mas dos “instrumentos de pesquisa, os critérios de veracidade das perguntas e das respostas, as exigências na linguagem, a racionalidade e o desenvolvimento científico, os interesses políticos sociais e científicos”.

Como referido, absolutamente perceptível identificar o relevante interesse que assumiria o estudo do papel exercido pelas agências de controle social³⁰².

qual são analisados “os efeitos sociais que o fato de ter tomado parte de uma instituição total provoca em termos de futuro” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 583).

²⁹⁷ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 15.

²⁹⁸ Discorrendo sobre estas diversas fases, aponta THOMPSON que o “criminoso, em sentido formal, é o indivíduo condenado pela justiça – sobretudo se for recolhido à prisão, fazendo jus, dessa maneira, ao rótulo de delinqüente por parte do grupo social. (...) da prática do delito à condenação do autor (e, indo um pouco adiante, até seu encarceramento), há um obrigatório caminho a ser percorrido, o qual oferece como etapas marcantes as seguintes: a) ser o fato relatado à polícia; b) se relatado, ser registrado; c) se registrado, ser investigado; d) se investigado, gerar um inquérito; e) se existente o inquérito, dar origem a uma denúncia por parte do promotor; f) se denunciado, redundar em condenação pelo juiz; g) se, havendo condenação e expedido o consequente mandado de prisão, a polícia efetivamente o executa” (THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 14-15).

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 15.

³⁰⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 385.

³⁰¹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 385.

³⁰² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 104. “Os estudos anteriores sobre o autor são compreendidos como ‘teorias etiológicas’ e opõem-se às novas ‘teorias da definição’ ou ao ‘paradigma do controle’, expressão esta que também manifesta esta mudança. O autor não pode mais ser objeto de investigação de teorias criminológicas. Em seu lugar entram as

Isto porque sua tese central é a de que a criminalidade não seria uma característica de uma dada conduta, “mas o resultado de um processo de atribuição, de uma estigmatização”³⁰³, em que a etiqueta “é aplicada pela polícia, pelo ministério público e pelo tribunal penal, pelas instâncias formais de controle social”³⁰⁴.

Muito embora o foco da abordagem diga respeito às agências formais de controle, não é demais lembrar que, segundo os escritos menos radicais, esse *labelling* também seria aplicado no âmbito do controle social informal por meio dos

[...] processos de ‘interação simbólica’ em que as famílias definem prematuramente a ovelha negra entre os irmãos, ou os professores e os alunos o estranho da classe, e assim estigmatizam com os sinais de fracasso social aqueles que mais tarde serão percebidos e aprofundados por outras instâncias de controle social e assumirão esta marca como parte de suas biografias, como papel impingido e arrastado³⁰⁵.

Daí compreender-se o uso da expressão *enfoque de etiquetamento* (*labelling approach*)³⁰⁶, bem como do termo *interacionismo* (ou *intervencionismo*), com o qual quer-se significar que:

instâncias formais de controle social, de certo modo como ‘o autor’, como a descoberta da nova fonte da criminalidade. O interesse da investigação desloca-se do desviante e seu meio para aqueles que o definem como desviante; e em vez dos déficits de socialização são questionados os processos de controle ou a gênese das normas; os defeitos não são procurados nos controlados, mas nos controladores; em vez de ir atrás da explicação da criminalidade, se vai atrás da explicação da criminalização. O ‘autor’ do delito torna-se ‘vítima’ (dos processos de definição)” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 104).

³⁰³ *Ibidem*, p. 101.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 101-102.

³⁰⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 102. Destacam MUÑOZ CONDE e HASSEMER que, para sua versão mais radical, “a criminalidade é simplesmente a etiqueta que se aplica pelos policiais, pelos promotores de justiça e pelos tribunais penais, ou seja, pelas instâncias formais de controle social”. Já os menos radicais “reconhecem que os mecanismos de etiquetamento não se encontram somente no âmbito do controle social formal, mas também no informal, onde se dão os processos de *interação simbólica*”. Ademais, “algumas das teses do intervencionismo foram antecipadas pela teoria da ‘profecia da auto-realização’ (*selffulfilling-prophecy*), segundo o qual, por determinados estigmas externos, como o nível cultural e econômico dos pais, profissão etc., pode-se dizer qual vai ser o comportamento e a forma de ser de uma pessoa. Ressaltam MUÑOZ CONDE e HASSEMER” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 111).

³⁰⁶ A chamada “criminologia da reação social” ou “da libertação”, como também é chamado o *enfoque do etiquetamento* implicou numa mudança tanto quanto aos métodos quanto ao objeto de estudo: “deixaria de perguntar quem é o criminoso e passaria a perguntar primeiro quem é considerado desviado. Logo viriam outras perguntas associadas a ela, porém mais radicais, como, por exemplo, quem é o que etiqueta dessa forma, como o faz, por que etc. Dessa maneira, o enfoque da criminologia mudaria totalmente, pois as definições legais ou institucionais deixariam de ser assumidas acriticamente como algo natural, e a ênfase seria colocada exatamente nessas

Ao invés de buscar as razões do comportamento desviante nas características daqueles que o cometem, nas de seu ambiente ou ainda em suas condições de vida, os estudos interacionistas propunham que fosse examinado o conjunto das relações mantidas por todas as partes implicadas nos fatos de desvio, mediata ou imediatamente. A transgressão duma norma não basta, de fato, para caracterizar o agente como desviante; ainda é necessário que o mesmo seja pronunciado como tal. Mesmo que a transgressão seja o antecedente habitual da condenação, pode acontecer que ela não se verifique³⁰⁷.

Na compreensão do crime, portanto, não se prescindiria da “reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas”³⁰⁸. Delito e reação social passariam a ser expressões interdependentes, recíprocas e inseparáveis. Logo, esperado que o desvio assumisse uma qualidade que lhe fosse atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos altamente seletivos e discriminatórios.

Conforme Salo de Carvalho, com o etiquetamento há um “câmbio paradigmático”, por meio do “deslocamento da indagação causal para a avaliação dos processos de criminalização e do funcionamento das agências de punitividade”³⁰⁹.

Desconsiderando a explicação do desvio individualmente considerado, a premissa destes modelos é que o crime só passaria a ser relevante “quando o desviante se insere em um processo de ampliação do desvio no qual cada rotulagem torna mais difícil o retorno do autor às aflições convencionais”³¹⁰. Ou seja, por força

definições” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 588).

³⁰⁷ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 111. Ressalta o autor que os primeiros escritos interacionistas datam ainda dos anos 1950. Neles se evidencia que Howard Becker, Erving Goffman, David Matza, Kai Erikson e Aaron Cicourel concebem uma alternativa ao funcionalismo de PARSONS e MERTON, porém, “intensamente influenciados pela filosofia de George Herbert Mead tal como ela foi transmitida por Herbert Blumer – o inventor da expressão interacionismo simbólico –, assim como por aquela de Everett Hughes, cujos trabalhos sobre as profissões e as situações de trabalho forneceram a técnica que seria aplicada ao desvio” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 110).

³⁰⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 385.

³⁰⁹ “A ruptura criminológica proporcionada pela teoria do etiquetamento possibilitou inclusive a qualificação de inúmeras tendências da criminologia crítica que, ao incorporarem as ferramentas de análise dos mecanismos de criminalização primária (seletividade) e de criminalização secundária (etiquetamento/estigmatização), redirecionaram suas investigações. Atualmente, porém, é possível sustentar que ‘(...) el vocabulo ‘causa’ es excesivamente exigente, fuerte o rígido para entender los complejos factores que influyen em el comportamiento delictivo” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25).

³¹⁰ ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 112.

do processo em que se acha inserido, “o desviante se vê compelido a aderir a grupos dotados de sistemas de autojustificação, ou de recusa da moral global, que possibilitam a aprendizagem de transgressões e mitigam os riscos”³¹¹.

Ainda que não tenha derivado diretamente da concepção marxista, este modelo chegaria a conclusões que coincidiriam, ao menos em parte, com as concepções da *nova criminologia*³¹².

Isto resta bastante evidente na crítica franca ao mito do direito penal como direito igualitário. Identificou-se “ser puramente retórico o discurso da reprodução igualitária da criminalização, pois apesar de estabelecidas universalmente (igualdade formal) as normas definidoras de ilícitos, a atuação das agências ocorre, invariavelmente, de forma seletiva (desigualdade material)”³¹³.

Como la nueva criminología há puesto de relieve, a partir de la realización de diversas investigaciones empíricas, el Derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto a los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; tampoco la ley pena es igual para todos, ni el status de criminal se aplica por igual a todos los sujetos Independientemente de la dañosidad social y la gravedad de las infracciones a la ley penal por ellos realizadas. Basta solo con recordar el distinto tratamiento que reciben los delitos contra la propiedad y los delitos económicos. La tesis del Derecho penal como derecho igualitario (...) es insostenible con un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre.³¹⁴

Daí Muñoz Conde e Hassemer pontuarem que o direito já não se basearia no consenso geral de vontades, mas seria “a expressão mais clara e manifesta do modo de produção capitalista, e com ele uma forma de proteção dos interesses da classe dominante”³¹⁵. Em igual sentido, Augusto Thompson ao ressaltar que “a maioria maciça das infrações praticadas pelos indivíduos socialmente privilegiados

³¹¹ *Ibidem*, p. 112.

³¹² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 110-111.

³¹³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

³¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 45.

³¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109. Exemplificativa, neste sentido, a idéia contida na obra *Ideologia alemã*, na qual MARX acentua que “somente os visionários que vêem no direito e na lei o império da vontade geral dotada de existência própria e substantividade podem ver no delito simplesmente a infração do Direito e da lei” (*Apud* MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109).

fica ao abrigo da escuridão da cifra negra, sequer chegando à ciência da polícia, porta de entrada da ordem formal”³¹⁶.

Tudo a indicar que enquanto algumas pessoas seriam estigmatizadas independentemente do dano objetivo de suas ações, “outras, que inclusive produzem mais dano social, ficam isentas de qualquer etiquetamento criminal”³¹⁷. Ademais, não bastasse a existência de consequências normativas desproporcionais e diferenciadas³¹⁸, igual raciocínio se aplica, invariavelmente, no tocante às decisões judiciais³¹⁹. Daí reconhecer Baratta que:

A seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto não ‘agravado’). As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis nos casos dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’. Esses delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes.³²⁰

A gênese deste enfoque – ou como querem Muñoz Conde e Hassemer, o “ponto de partida”³²¹ – foi a percepção de que “existe um grande número de delitos e

³¹⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 65.

³¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91-92.

³¹⁸ Neste particular, no âmbito brasileiro, a título exemplificativo, comparem-se as sanções previstas no artigo 155 do Código Penal com àquelas do artigo 93 da Lei nº 8.666/93. Diversos outros exemplos de graves desproporções na legislação criminal brasileira são referidos em preciso levantamento exploratório de STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: A criminalização da pobreza ou de como ‘la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos’. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 31, out./dez., 2008, p. 65-96.

³¹⁹ Na jurisprudência brasileira, cite-se a súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Vários outros exemplos de tratamento jurisprudencial diferenciado entre os “crimes de colarinho branco” e os “crimes do andar de baixo” são trazidos por STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: A criminalização da pobreza ou de como ‘la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos’. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 31, out./dez., 2008, p. 65-96.

³²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 176.

³²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95.

de delinquentes que não chegam a ser descobertos ou condenados”³²², estando à margem, portanto, de qualquer *estatística criminal*³²³.

Com efeito, tido como um “setor obscuro”³²⁴ por Hassemer, o reconhecimento de que haveria um déficit na aferição da criminalidade foi o que fez com que os estudos criminológicos existentes até então fossem confrontados sob o seu aspecto científico³²⁵.

Intitulada **cifra negra** (ou *dark numbers*³²⁶) – e definida por Aniyar de Castro como “a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle)”³²⁷ –, o que restava evidente era que, estatisticamente, haveria uma poluição no objeto das investigações criminológicas que vinham sendo desenvolvidas até então.

Os setores obscuros aniquilam em uma proporção considerável não só a dignidade científica das teorias do autor, como também sua própria ética científica; e com isso eles ameaçam também, ao mesmo tempo, a legitimação do Direito Penal. Se não existe um limite seguro entre os

³²² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95.

³²³ Sobre a expressão *estatística* e sua vinculação ao crime, informa ROBERT que “no séc. XVIII, quando surgiu no espaço germanófono, o neologismo *estatística* designava relatórios com ares literários, que sintetizavam a situação do Estado para a informação do príncipe. Progressivamente, o termo adquiriu o sentido de coleção de dados e de números, que pertencia inicialmente a outro neologismo – *aritmética social* – originário, este, do espaço da língua inglesa. A passagem da monarquia absolutista ao Estado-nação liberal nascido na Revolução Francesa foi acompanhada por um verdadeiro frenesi do censo social (...). A partir de 1827, a regular publicação na França das *Contas Gerais da Administração da Justiça* ilustra a hegemonia das contas administrativas e judiciais da delinquência. No fim daquele século, com o desenvolvimento do estudo sistemático do crime, esse se contentaria dessa fonte disponível, a qual tivera o tempo de instalar-se como medida indiscutível da criminalidade. (...) Os registros policiais preferencialmente aos censos judiciais terminaram se tornando, segundo o conselho de Thorsten Sellin, a medida de delinquência por excelência” (ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 144-145).

³²⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 94.

³²⁵ “Os limites entre os criminosos e os não-criminosos não estavam traçados de modo suficientemente claros como realmente se deveria pressupor pelas observações científicas” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 94).

³²⁶ *Ibidem*, p. 94.

³²⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de la reacción social*. Maracaibo: Instituto de Criminologia de la Universidad de Zulia, 1977, p. 81. *Apud* CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184. Comparando essa *cifra escura* com uma lacuna, afirma Salo de Carvalho que “a cifra oculta da criminalidade corresponderia, pois à lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas com delito pelos aparelhos de persecução criminal (criminalidade registrada)” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89).

criminosos e os não-criminosos, então as teorias sobre as particularidades do autor são eticamente intoleráveis; elas são apenas “imputações”, mas não conhecimentos; pois não “existem” os criminosos, eles são produzidos.³²⁸

E se isso é assim, ou seja, se o sistema criminal não estaria se apoiando em números reais, então se poderia concluir que os limites entre os *criminosos* e os *não-criminosos* seriam apenas aparentes, de modo que “os presos não são inseridos nas prisões por causa de um reconhecimento, mas por causa de uma imputação, de uma ‘definição’”³²⁹.

Malgrado o conteúdo da expressão *cifra negra* seja, invariavelmente, relacionado ao enfoque do etiquetamento, cumpre notar que já Johann Thorsten Sellin identificava a existência do fenômeno³³⁰. De fato, embora citado há pouco como um dos mais representativos autores das chamadas *teorias do conflito cultural*³³¹, lembra Anitua que Sellin, já em 1929, com sua obra sobre instituições penais chamada *A polícia e o problema do delito*, e, em 1935, com o artigo *Preconceito racial na administração da justiça*, denunciava que seria o

[...] próprio sistema de justiça que determina os índices delitivos e que estes não refletem a “realidade”. Num tempo em que influenciaria o Sutherland da “cifra escura” e seria por ele influenciado, Sellinalaria, a exemplo da maioria dos estudiosos sobre estatísticas criminais da época, de uma criminalidade “real” e de outra, a criminalidade “aparente”, na qual interviriam decisivamente o preconceito e o critério moral do grupo que compõe as instâncias policiais e judiciais.³³²

³²⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 94-95.

³²⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 95. “No fundo, o que esta expresso é que não existe forma de distinguir os criminosos dos não-criminosos, que a criminalidade é um elemento da vida cotidiana, que os muros da prisão separam dois mundos que de fato não se podem separar e que não existe nenhuma particularidade ou característica que diferencia os delinquentes dos que não o são” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95).

³³⁰ Uma crítica à metodologia empregada por SELLIN pode ser conferida na obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER, de 1939, os quais procuraram ressaltar o equivoco da adoção das cifras policiais como ponto de partida da taxa de criminalidade, pois enquanto na fase policial seriam registrados como “*crimes incidentes* que se tornaram conhecidos dos policiais (...) e que provavelmente indicam crimes”, na fase judicial, esses mesmos registros “nunca foram claramente provados como tais” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 266).

³³¹ Faz-se referência à obra *Culture conflict and crime*, de 1939.

³³² ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 606. ANITUA, na verdade, vai além informando que “antes desses dois textos, em 1928, ele [SELLIN] publicou um importante artigo intitulado ‘O negro criminoso’, no qual também criticava as teorias biologicistas e até as sociológicas que justificavam que havia tipos, grupos ou ‘raças’ essencialmente criminosos, e que interpretavam, sem discussões, os

De qualquer modo, foi a partir das concepções da existência da zona obscura que se descortinou que o que vinham fazendo as teorias preocupadas com o *delinqüente* não era “descobrir os criminosos, mas tão somente os que foram descobertos”³³³. Logo, o que estaria diferenciando os *não descobertos* dos *descobertos* é que “os primeiros conseguiram permanecer ocultos na zona escura”³³⁴.

A partir daí, diversos seriam os *fatores* que seriam reconhecidos como demonstrativos da formação da cifra negra, todos eles interferindo na fixação desta *definição* entre quem seriam os *criminosos* e os *não-criminosos*³³⁵.

dados oficiais, não levando em conta que estes só podem reivindicar a criminalidade que eles relevam, mas não a que se mantém oculta. Desse modo, algumas práticas racistas ou discriminatórias do sistema podem denotar maiores quotas de delito de algumas pessoas e ocultar, em maior medida, a de outros” (ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 606). Igual preocupação é encontrada na obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER, de 1939: “o argumento mais importante para não se usar os dados policiais, no entanto, é que poucas estatísticas policiais distinguem cuidadosamente os casos de crimes registrados dos que não são” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 266).

³³³ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 104.

³³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 104.

³³⁵ Sobre estes *fatores* ou *filtros*, MUÑOZ CONDE e HASSEMER fazem referência aos *problemas de percepção* (identificando que nem todo fato punível cometido é *percebido*), aos *problemas de denúncia* (já que nem todo fato punível chega ao conhecimento das autoridades investigadoras), aos *problemas de esclarecimentos* (pois nem todo fato punível conhecido é *esclarecido* pelas autoridades policiais investigadoras), aos *problemas relacionados com o exercício da acusação e a instrução do processo* (reconhecendo-se que nem todo fato punível esclarecido pela polícia é acusado), aos *problemas relacionados com a existência de óbices processuais* (pois nem todo fato punível acusado é julgado no processo judicial principal) e aos *problemas relacionados com a condenação* (uma vez que nem todo julgamento de um fato punível leva à condenação definitiva). O estudo individualizado de cada um destes filtros consta em MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, Capítulo VI, Item ‘B’. No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, Segundo Livro, Capítulo 2, § 10, Item I; THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, Capítulo I. No âmbito nacional, exemplificativo dos chamados *problemas de esclarecimentos* pode ser conferido em DANTAS, Pedro. Rio soma 60 mil homicídios a esclarecer em 10 anos. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2011. Caderno Cidades/Metrópole, p. C4, em que se evidencia a elevada soma de delitos dolosos contra a vida a esclarecer. Isto, porém, só evidencia a precisão da afirmação de MUÑOZ CONDE e HASSEMER no sentido de que “a porcentagem de delitos esclarecidos pela polícia é tanto mais elevada quanto menor for o número de delitos que chegam a seu conhecimento. A explicação do porque de tal constatação é fácil: os delitos que realmente ocorrem e não chegam ao conhecimento da polícia não são incluídos, logicamente, em suas estatísticas. Somente assim pode se explicar que seja muito elevada, por exemplo, a cota de esclarecimento do delito de narcotráfico (aproximadamente 95%) e singularmente baixa a de delitos de furto. A política não tem, efetivamente, conhecimento da imensa maioria de delitos de tráfico de drogas, e sua atuação se produz, geralmente, por iniciativa própria, quando já tem dados ou provas suficientes para deter alguém relacionado com este tipo de delito” (MUÑOZ CONDE, Francisco;

Ademais, além de reconhecer que boa parte das vítimas deixa de noticiar os fatos delitivos à instância investigativa, reconhecia-se que “esta tampouco transmite todos os conhecimentos que lhe são noticiados à justiça, que, por sua vez, arquiva a maior parte dos fatos que lhe é submetida”³³⁶. No dizer de Thompson, “exatamente ao reverso do que apregoa a ideologia, é a polícia quem controla e comanda a atividade do judiciário, pois este só trabalha com o material concedido por aquela”³³⁷.

E se é assim, muito embora não ignorem a dificuldade em quantificar as reais dimensões da criminalidade, informam Muñoz Conde e Hassemer que o cálculo mais prudente da extensão da zona escura, “ainda que não de forma uniforme e generalizada para todos os tipos de delito, duplica se comparada a criminalidade estatisticamente apresentada”³³⁸. Com base nas lições de Baratta, Raúl Cervini vai além, afirmando que

[...] ‘o sistema só pode aplicar sanções penais previstas pela lei a um percentual dos reais infratores que, numa média relativa a todas as figuras delitivas, nas sociedades centrais, não é superior a um por cento’. E tudo isso, segundo o mesmo autor, em face da inadequação, do enorme desencontro existente neste sistema, entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária).³³⁹

Atento à realidade da América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni, por sua vez, vai ainda mais longe e informa que “a disparidade entre o exercício do poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal”³⁴⁰, de modo que, se por alguma circunstância “este poder fosse incrementado a ponto de chegar a

HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, Capítulo VI, p. 101).

³³⁶ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 192. No âmbito nacional, Rodrigo Ghiringuelli de Azevedo e Tiago Cardoso informam que “uma porcentagem incrivelmente elevada de homicídios não é objeto de inquérito policial, e seus autores não são jamais indentificados. Um estudo do sistema criminal de justiça em São Paulo (...) provou que, de 4.277 boletins de ocorrência de homicídios, apenas 4,6% tiveram o autor e o motivo conhecidos e registrados. No Rio de Janeiro, mais um estudo mostrou que 92% dos casos de homicídio foram devolvidos à polícia porque não tinham as provas necessárias para serem julgados” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli; CARDOSO, Tiago. *Criminalização e controle social*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuízo, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPPAL, 2010, p. 113-141).

³³⁷ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 91.

³³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95.

³³⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 186.

corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população³⁴¹, o que provocaria uma verdadeira “catástrofe social”³⁴².

De qualquer forma, independentemente dos extensos estudos desenvolvidos para aferir a real dimensão da criminalidade³⁴³, os quais certamente fugiriam ao propósito da presente pesquisa, restou evidenciado que, além da crítica ideológica que estava por trás da origem do enfoque do etiquetamento, a relatividade das estatísticas criminais representou o dado empírico que faltava para sedimentar os estudos deste modelo criminológico.

Os reflexos dos delineamentos trazidos por estas concepções são significativos e podem ser identificados na discussão afeta ao potencial descriminalizador do reconhecimento da cifra negra. Com efeito, após debruçar-se sobre o estudo das cifras “negra” e “dourada”³⁴⁴, assevera Cervini que, “como corolário natural do princípio descriminalizador acerca das autonomias culturais, tem-se assinalado que uma proibição não deve ser incluída numa lei penal se não for possível colocá-la em vigor, ou, mais precisamente, se só uma pequena porcentagem de infratores é atingida pelo sistema penal”³⁴⁵.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 26.

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 26. “Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 26).

³⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 27.

³⁴³ É válida, neste particular, a síntese apresentada por Raúl Cervini em relação aos procedimentos empregados para tentar pôr em evidência a exata quantidade de fatos legalmente puníveis que o sistema ignora. Para tanto, faz referência a quatro “variáveis metodológicas, a saber: a) averiguações em relação aos autores ou técnicas da autodenúncia; b) averiguações em relação às vítimas; c) averiguações em relação aos informantes”; d) o sistema das variáveis heterogêneas; e) a técnica do seguimento operativo destinado aos agentes do controle formal (CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 189-193).

³⁴⁴ A cifra oculta dos chamados crimes de *colarinho branco* recebe a denominação de *cifra dourada*. Referindo-se especificamente à criminalidade das classes privilegiadas, essa cifra corresponderia às “práticas anti-sociais impunes do poder político e econômico, em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 10).

³⁴⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

Por fim, especificamente no tocante ao comportamento do controle social, informa Garcia-Pablos de Molina³⁴⁶ que, a partir do *labelling approach* e do reconhecimento da cifra negra, a criminalidade deixaria de ser tida como de natureza puramente *ontológica*, mas *definitorial*, de modo a somente derivar das definições seletivas realizadas pelos agentes do controle social formal:

O decisivo é como operam determinados mecanismos sociais que atribuem o *status* de delinqüente: a qualificação jurídico-penal da conduta realizada ou os merecimentos objetivos do autor passam para um segundo plano. Por isso, mais importante que a interpretação das leis é analisar o processo de aplicação das mesmas à realidade social; processo tenso, conflitivo e problemático. O mandamento abstrato da norma se desvia substancialmente quando passa pelo crivo de certos filtros altamente seletivos e discriminatórios que atuam guiados pelo critério do *status* social do infrator. Precisamente por isso as classes sociais mais oprimidas atraem as taxas mais elevadas de criminalidade, e não porque professem uns valores criminais *per se* – nem porque cometem mais crimes –, senão porque o controle social se orienta prioritariamente para elas, contra elas. O controle social, por isso, não se limita a ‘detectar’ a criminalidade e a identificar o infrator, senão que ‘cria’ ou ‘configura’ a criminalidade: realiza uma função ‘constitutiva’, de sorte que nem a lei é expressão dos interesses gerais nem o processo de sua aplicação à realidade respeita o dogma da igualdade dos cidadãos. Os agentes de controle social formal não são meras correias de transmissão da vontade geral, senão filtros a serviço de uma sociedade desigual que, através deles, perpetua suas estruturas de dominação e incrementa as injustiças que a caracterizam. Em consequência, a população penitenciária, subproduto final do funcionamento discriminatório do sistema legal, não representa a população criminosa real – nem qualitativa nem quantitativamente –, tampouco as estatísticas oficiais representam essa realidade³⁴⁷.

2.3.2 Os processos de criminalização das agências de controle social formal

A partir de tais premissas foi natural verificar que este modelo criminológico deixaria de ter interesse pelas *causas da desviação* e abriria espaço para as discussões afetas aos *processos de criminalização*, já que se passaria a reconhecer que é o controle social quem *cria* a criminalidade³⁴⁸.

³⁴⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

³⁴⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

³⁴⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 386. Outrora, porém, já se advertiu do equívoco da compreensão de imprimir ao controle social uma *natureza constitutiva* da criminalidade, ao invés de meramente *contributiva* da mesma. No mesmo sentido, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70. Tendo em vista esta distinção, advertem MUÑOZ CONDE e HASSEMER ser preciso diferenciar a *direção*

Conforme adverte Garcia-Pablos de Molina, a partir de então:

O interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção³⁴⁹

Corolário destas percepções foi a importância que assumiriam as discussões voltadas aos processos de criminalização.

Neste passo, além dos escritos de Taylor, Walton e Young já referidos, uma das obras de maior expressão, principalmente no que diz respeito ao objeto da pesquisa, foi *Outsiders*, de Howard Becker, de 1963.

Nesta obra, além de destacar que o *desviado* seria “aquele que ao desenvolver um comportamento não desejado recebe uma etiqueta (*label*) que o marcará para os seus comportamentos futuros”³⁵⁰, Becker realiza uma primeira aproximação da discussão a respeito do **poder de imposição da etiqueta**, afirmando que o comportamento desviado corresponderia justamente a “um atributo imposto na reação social. Para ter sucesso no etiquetamento é necessário ter o poder de criar as normas e fazê-las entrar em ação no caso concreto”³⁵¹. Desde então, como se percebe, já se identificava a existência de dois momentos do poder de etiquetar:

moderada do intervencionismo da sua *direção radical*. De fato, “a *direção moderada* do intervencionismo simbólico admite que a justiça penal se integra na mecânica do controle social geral da conduta desviada. Isso não constitui exculpação do fato da definição seletiva da criminalidade, mas comporta o reconhecimento de que o sistema penal não leva a cabo o processo de estigmatização à margem ou inclusive contrário aos processos gerais de controle social. Pelo contrário, a *direção radical* faz uma crítica muito mais devastadora da própria Administração da Justiça, sustentando que é o Direito penal que faz o delinquente, sem nenhum respeito pelo princípio da igualdade, pois recai mais fortemente sobre as camadas sociais mais baixas que sobre as demais” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112).

³⁴⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 386.

³⁵⁰ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 592.

³⁵¹ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 592. Assentua ANITUA, entretanto, que, “em vez de analisar em primeiro lugar os que têm esse poder de definir, os que, ao sentirem-se ameaçados, condenam – os conhecidos ‘estabelecidos’ de Norbert Elias em seu livro de 1965, *Os estabelecidos e os outsiders* –, os sociólogos do etiquetamento prestariam atenção ao processo que se constrói e se etiqueta os ‘do outro lado’” (*Ibidem*, p. 592).

O primeiro deles é o da imposição ou criação de normas, e o segundo o de aplicação das normas já criadas. Em ambos selecionam-se comportamentos em abstrato e pessoas em concreto para impor-lhes etiquetas que implicarão uma recusa mais geral, além de configurar uma “carreira deliquencial”. Essas duas “seleções” seriam chamadas desde então “criminalização primária” e “criminalização secundária”³⁵²

De se perceber que a identificação destes dois momentos de criminalização nada mais foi do que uma mera decorrência das cifras ocultas. Com efeito, adverte Salo de Carvalho que foram “os estudos da etnometodologia e do interacionismo simbólico relativos às *cifras ocultas da criminalidade*”³⁵³ que revelaram que apesar do poder criminalizador das agências penais, não haveria uma mínima correspondência, no plano da eficácia, entre o processo de criminalização primária e o de criminalização secundária. Daí existir uma “inevitável diferença entre a seleção das condutas criminalizadas pelo Poder Legislativo (criminalização primária) e a efetiva atuação dos aparelhos repressivos na dissuasão de delitos praticados pelas pessoas vulneráveis à incidência do mecanismo penal”³⁵⁴ (criminalização secundária).

Malgrado o segundo momento criminalizador assuma um interesse previsível para as discussões afetas ao papel exercício pelas agências de controle social formal, o **processo de criminalização primária**, igualmente, merece atenção já que voltado à discussão afeta à produção legislativa penal.

Com efeito, ao se analisar os ordenamentos criminais existentes em boa parte das sociedades contemporâneas, o que se percebe é que no curso desse processo de produção legislativa ainda vigora uma *seletividade*³⁵⁵ que elenca como

³⁵² ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 592-593. Em igual sentido, BUSATO e MONTES HUAPAYA ressaltam que “a etiqueta final do sujeito selecionado e incriminado é a de ‘delinqüente’. Para chegar a este qualificativo, ele deve passar por *duas fases* que, como veremos, se encontram também condicionadas por fatores socioeconômicos, produzindo-se observáveis desigualdades ao não se cristalizar o princípio da igualdade material, que fica reduzido simplesmente à expressão: ‘a lei se aplica a todos por igual’” (BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos pra um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87).

³⁵³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 89.

³⁵⁵ Procurando esclarecer a concepção de *seletividade*, informa Nilo BATISTA que, embora o sistema penal seja apresentado como “igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas”, na realidade, “seu funcionamento é *seletivo*, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas (as exceções, além de confirmarem a regra, são aparatosamente usadas para a reafirmação do caráter igualitário)”

público-alvo do direito penal preponderantemente³⁵⁶ os grupos sociais mais marginalizados, isto é, os grupos dos “más débil”³⁵⁷, para usar a expressão de Luigi Ferrajoli, ou dos “pobres diabos”³⁵⁸ de Thompson.

Esta particularidade, principalmente no âmbito latino americano, é bem enfrentada em obra clássica de Eugênio Raúl Zaffaroni, *Em busca das penas perdidas*, de 1989, na qual já destacava que “o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial”³⁵⁹, mas o poder configurador ínsito à expressão legal, por meio da qual “os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado”³⁶⁰.

Os órgãos do sistema penal exercem seu poder *militarizador e verticalizador-disciplinar*, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativos. (...) Seria completamente ingênuo acreditar que o verdadeiro poder do sistema penal seja exercido, por exemplo, quando suas agências detêm, processam e condenam um homicídio. Esse poder, que se exerce muito eventualmente, de maneira altamente seletiva e rodeada de ampla publicidade através dos meios de comunicação social de massa, é ínfimo se comparado com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta

(BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 25-26).

³⁵⁶ Ressalta-se não se ignorar que, ainda que de forma embrionária, tem o direito penal se expandido no sentido de uma criminalização também de comportamentos afetos aos grupos sociais mais elitizados. Neste sentido, SILVA SANCHEZ procura demonstrar a existência de uma “expansão democrática”, fruto da sociedade de risco a que faz referência. Confira-se em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, principalmente Capítulo 1. Não se desconhece que, para o autor, os “mais fracos” devem ser vistos sob um duplo enfoque. Isto porque “o direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido. (...) a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos; ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas. Sob ambos os aspectos a lei penal se justifica enquanto *lei do mais fraco*” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270). No texto, portanto, usa-se a expressão tão-só com base num destes enfoques.

³⁵⁸ Em crítica aberta às falácias da perseguição dos denominados *crimes de colarinho branco* ou, no seu entender, “crimes de paletó e gravata” (*White collar crimes*), Augusto THOMPSON denuncia: “empolgados pela perspectiva de colher nas malhas da justiça os ‘grandes’ criminosos, revertendo dessa maneira o quadro cansativamente repetido de só contemplar os cardumes de sardinhas que aparecem como resultado da aparatosa manipulação do arrastão oficial, os penalistas se excitam (...) quebrando a rotina de assestar as porretadas da sanção criminal contra uma massa despersonalizada de pobres diabos” (THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 64).

³⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 22.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 23.

pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por parte da população.³⁶¹

Uma vigilância disciplinar que, realizada de forma escamoteada, tem como alvo inclusive condutas de natureza privada, “embora mostrem-se mais vulneráveis as ações realizadas em público, o que acentua a seletividade da vigilância em razão da divisão do espaço urbano que confere menores oportunidades de privacidade aos segmentos mais carentes”³⁶².

Bastante precisa, aqui, a pesquisa realizada por Lênio Luiz Streck³⁶³ após identificar que, no âmbito brasileiro, no mínimo desde o Código Criminal do Império de 1830, a preocupação da legislação penal com o *andar de cima* da sociedade jamais teria sido uma prioridade.

O primeiro código (penal) brasileiro foi o do Império (...) nitidamente direcionado a uma clientela: escravos e congêneres (...). Proclamada a República em 1889, já no ano seguinte tínhamos um novo Código, agora dirigido a uma nova clientela: ex-escravos e congêneres (basta ver os tipos penais mais importantes). Em nenhum deles houve a “preocupação” com o “andar de cima” da sociedade. Afinal, centenas de anos de escravidão marcaram indelevelmente o sentido de classe do direito, em especial o direito penal. Como ocorre até os dias atuais, o *establishment* jamais legisla ‘contra si mesmo’. (...) E não esqueçamos a relevante circunstância de que criminalizar a pobreza é um eficaz meio de controle social.³⁶⁴

No mesmo artigo, Streck vai além, ressaltando que foi justamente esta diretriz na política criminal brasileira que fez com que a preocupação maior sempre

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 23-24. “A disciplina militarizada tende a ser igual à do quartel: a uniformidade do aspecto externo, o acatamento do superior, a sensação de que toda atividade prazerosa é uma concessão da autoridade, etc., são evidentemente parte de um exercício de poder configurador e não, meramente, repressivo. Trata-se também de um poder repressivo porque tende a interiorizar essa disciplina (a torná-la parte do próprio aparelho psicológico), atua em nível consciente e – talvez, principalmente – inconsciente, elimina a espontaneidade e configura uma sociedade de submetidos a uma *vigilância interiorizada* da autoridade” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24).

³⁶² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 24.

³⁶³ STRECK, Lênio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 70.

³⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 70. Em nota, ressalta o autor interessante dado referente à produção legislativa nacional, no sentido de que “menos de dez por cento dos projetos de lei que tramita(ram) nos últimos anos no Congresso Nacional tratam dos crimes do ‘andar de cima’; isto é, cerca de noventa por cento dos projetos preocupam-se com a criminalização dos delitos interindividuais (a maioria buscando enrijecer o tratamento penal)” (*Ibidem*, nota 10).

tivesse sido “a proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940”³⁶⁵. Num Brasil que se encontrava em pleno processo de urbanização, dava-se ênfase à proteção do patrimônio, da propriedade e, sobretudo, dos proprietários:

O furto recebeu uma qualificadora de chave falsa, uma vez que as pessoas guardavam dinheiro em suas casas, problemática também presente (e protegida) pela qualificadora da escalada, etc., sendo que o furto qualificado recebeu uma duplicação de pena (2 a 8 anos). Até o esbulho recebeu proteção penal³⁶⁶.

Muito embora se desejasse que estas características pertencessem tão-só ao passado legislativo pátrio, a realidade é que no presente essas mesmas evidências ainda se fazem sentir. Afinal, o que dizer da mendicância, contravenção penal trazida pelo Decreto-Lei nº 3.688/1941 que vigorou até o ano de 2009?³⁶⁷ Ou, ao reverso, da existência de alguns crimes voltados a fraudes licitatórias, considerados pelo ordenamento jurídico pátrio como meras infrações penais de menor potencial ofensivo?³⁶⁸

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 70.

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 71. No âmbito nacional, igual diretriz é identificada na legislação processual penal: “Fala-se de um emaranhado legislativo que estabelece ações penais públicas e incondicionadas para crimes de nítido cariz patrimonial e individual, como o furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal) e a alteração de marca em gado alheio (com pena de até 03 anos de detenção! - art. 162 do Código Penal); ou públicas (ainda), mas condicionadas à representação, em casos como o de tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos para pagamento (art. 176 do Código Penal). Isso para não falar na nossa sempre lembrada Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de 1941), que criminalizou o modo-de-ser da escumalha, que perturba o trabalho alheio com algazarra (art. 42, I, da LCP), que se finge de funcionário público (art. 45 da LCP), que se entrega à ociosidade sem renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência (art. 59 da LCP), que se embriaga (art. 62 da LCP). (...) E isso tudo, também, sempre mediante a ciosa atuação pública e incondicionada do Ministério Público (art. 17 da LCP). Essas infrações todas, sem exceção, são representativas de uma experiência de um Estado protoliberal e da nítida oposição entre Estado e sociedade civil (cidadania) que a caracteriza” (*Ibidem*, p. 72).

³⁶⁷ Atualmente revogada pela Lei nº 11.983/2009, a mendicância encontrava sua previsão no artigo 60 nos seguintes termos: “Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos”.

³⁶⁸ Faz-se referência, por exemplo, aos artigos 97 e 98 da Lei 8.666/93: “Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração. Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover

Conforme referido, no entanto, não se trata de exclusividade do ordenamento jurídico nacional. Tratando de uma similar conjuntura europeia, inclusive fazendo menção a eventos recentes, Loïc Wacquant destaca em seus estudos que:

A criminalização a que estão sujeitos por toda a Europa os militantes dos movimentos sociais de desempregados, de sem-teto e contra a discriminação – como pudemos ver de forma extrema nos ataques promovidos pela polícia aos manifestantes antiglobalização em Gênova, durante o encontro do G8, no verão de 2001 – não pode ser entendida fora do sentido amplo da penalização da pobreza, elaborada para administrar os efeitos das políticas neoliberais nos escalões mais baixos da estrutura social das sociedades avançadas.³⁶⁹

Enfim, embora por vezes possa vir a se mostrar mais sutil do que no momento da aplicação da lei e mesmo que não se queira concordar na íntegra com os postulados do interacionismo, é forçoso reconhecer que o caráter discriminatório e seletivo pode ser percebido desde o processo da formulação abstrata da lei penal, o qual autoriza a reconhecer o acerto na conclusão de Augusto Thompson, no sentido de que “numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes”³⁷⁰.

Assim, muito embora não se chegue ao extremo de se editar textos legais como o constante nas Ordenações Filipinas³⁷¹, “a democracia do Estado burocrático-industrial exige que as desigualdades de classe se dissimulem sob, não

indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

³⁶⁹ WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 93.

³⁷⁰ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 58.

³⁷¹ Faz-se referência, em particular, ao Título CXXXVIII, “caput”, do Livro V, que trata “Das pessoas que são escusas de haver pena vil. Para que se saiba, quais devem ser relevados de haver pena de açoites, ou degredo com baraço e pregão, por razão de privilégios, ou linhagem, mandamos que não sejam executadas as tais penas em os Escudeiros dos Prelados, e dos Fidalgos, e de outras pessoas que costumam trazer moços de Estribeira nossos, ou da Rainha, Príncipe, Infantes, Duques, Mestres, Maqueses, Prelados, Condes ou de qualquer do nosso Conselho, nem em pajens de Fidalgos, que por tais estiverem assentados em nossos livros, nem em Juizes, e Vereadores, ou seus filhos, nem nos Procuradores das Vilas, ou Conselhos, nem em Mestres, e Pilotos de Navios da gávea, que andaram em navios nossos, ou de cem tonéis, ou daí para riba, ainda que não sejam nossos nem dos amos, ou colaços dos nossos Desembargadores, ou de Cavaleiros de linhagem, ou daí para cima, nem nas pessoas que provarem, que costumam sempre ter cavalo de estada em sua estrebaria, e isto posto que peões, ou filhos de peões sejam, nem os Mercadores que tratarem com cabedal, de cem mil réis, e daí para cima” (PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1315.htm>>. Acesso em 24.mar.2011).

uma, mas várias capas enganadoras”³⁷², sendo exemplo disto o que se dá no próprio processo de criminalização primária.

Melhor cenário não se identifica no que diz respeito ao **processo de criminalização secundária**, empreendido não mais pelo legislador, mas pelos aplicadores da legislação penal. Neste processo ganha especial relevância tanto a atuação que se dá na fase policial, quanto na judicial, pois em ambas há uma aplicação que potencializa a estigmatização, discriminação e seleção dos *criminosos*. Citando Langon Cuñaro, ressalta Cervini que

De todas as condutas proibidas pelo legislador, só algumas são objeto da atividade institucional da parte dos detentores do controle. Mediante diferentes critérios, no geral benevolentes e com fins de justiça, são os policiais, promotores de justiça e juízes aqueles que realmente decidem que delitos vão ser perseguidos, de que forma e com qual intensidade. (...) o que prevalece é o princípio da oportunidade, derivado de um processo de seleção inevitável, que ocorre porque o Estado não poderá jamais investigar todos os fatos delituosos, nem sequer todos os que são delatados.³⁷³

Como explica Thompson, “o vestíbulo de ingresso de um delito no templo da ordem formal (ciência do fato até a indicição do autor) situa-se na área policial; a formalização completa da rotulação do criminoso”³⁷⁴ se dá pelo sistema judicial, aí compreendidos todos os seus atores; “o carimbo exauridor da operação volta ao campo da polícia, com o cumprimento do mandado de prisão e consequente encarceramento do condenado”³⁷⁵.

Dentre os diversos fatores que direcionam as atividades afetas aos órgãos policiais de *exibir para o claro* os delitos e os delinquentes, menciona Augusto Thompson³⁷⁶ dois fatores que merecem especial destaque já que, inclusive, de fácil constatação. Faz-se referência à *maior visibilidade da infração* e à *adequação do autor do crime ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente*.

Quanto ao primeiro destes fatores, é fato que há

[...] muito mais probabilidades de serem os delitos dos miseráveis “vistos” pela polícia do que aqueles perpetrados pela gente de posição social mais

³⁷² THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 79.

³⁷³ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 193.

³⁷⁴ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 68.

³⁷⁵ *Ibidem*,: Achiamé, 1983, p. 68.

³⁷⁶ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 68.

elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo da classe a que pertencer o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar o reconhecimento de serem “criminosos”. (...) Por considerar o crime como algo típico do pessoal da arraia miúda, os componentes das camadas bem aquinhoadas não conseguem visualizar seus pares – façam lá o que fizerem – como delinquentes³⁷⁷.

Consequentemente, “parece sensato reconhecer que há maior vulnerabilidade dos membros das camadas inferiores do que daqueles das camadas superiores quanto a terem seus crimes fulminados pelos raios de luz da ordem formal”³⁷⁸.

Já no tocante à *adequação do autor do crime ao estereótipo do criminoso*, o que se percebe é uma absoluta atualidade desta pauta laborativa nas agências de controle policiais, mesmo ultrapassado mais de um século dos primeiros escritos lombrosianos, o que cria um cunho científico ao sentimento de senso comum³⁷⁹.

De fato, de se reconhecer que o baixo *status* social figura como um primeiro traço básico da imagem do criminoso, de tal sorte que se tende a estabelecer um paralelo entre a pobreza e o crime. “Ao afirmar que o criminoso é, caracteristicamente, pobre, abre-se facilmente a possibilidade de inverter os termos da equação, para dizer: o pobre é, caracteristicamente, criminoso”³⁸⁰. Isto faz com que esteja justificada uma concentração de vigilância sobre os indivíduos considerados como mais propensos a desrespeitar as leis.

Assim, ao parar pessoas nas ruas ou abordá-las nos botequins, os policiais selecionarão de acordo com a idéia que possuem a respeito de quem é criminoso. A maior fiscalização sobre dados grupos do que relativamente a outros vai determinar uma taxa diversa entre eles quanto à quantidade de infratores que ficarão escondidos na cifra negra. As estatísticas oficiais, em decorrência, ostentarão um número elevado de criminosos oriundos das classes baixas, enquanto o relativo aos situados nas camadas superiores mostrar-se-á ínfimo. Tal indicador é tomado como prova a respeito da correta orientação que preside o trabalho da polícia, a qual se sentirá acoroçada em manter o mesmo critério de seleção tradicionalmente empregado³⁸¹.

No mesmo sentido, Loïc Wacquant menciona pesquisa estatística realizada acerca do uso da técnica *parar e revistar*, uma das medidas mais expressivas da

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 69-70.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 71.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 71.

³⁸¹ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 71.

*política da tolerância zero*³⁸², cuja vitrine maior foi sua aplicação na cidade de Nova York. Em conclusão, afirma que “a população negra constituiu a metade das 175 mil pessoas abordadas pela polícia em 1998 e 63% das pessoas monitoradas pela *Street Crime Unit*, mesmo que esse grupo corresponda a apenas 25% da população total da cidade”³⁸³.

Ademais, contribui ainda para a composição do estereótipo do criminoso um segundo traço fundamental lastreado, agora, na ideologia do contrato social. Explica Thompson que,

[...] se a sociedade é irrepreensivelmente justa; se há pessoas capazes de lhe desrespeitar as regras básicas (exatamente as normas penais), forçoso será reconhecer que tais pessoas são anormais, isto é, diferem essencialmente dos demais componentes do grupo social; por serem anormais, diferentes, especiais, constituem, em conjunto, uma categoria aparte dos outros cidadãos, cabendo admitir que seu comportamento representa uma aberração [...]; a tendência dos representantes de grupo tão específico será a de repetir a prática dos atos aberrantes, ou seja, os criminosos caracterizam-se por reincidir no cometimento de crimes; e, numa ilação final: a entidade ‘criminoso’ só pode praticar crimes³⁸⁴.

Maria Lúcia Karam complementa tal colocação ao afirmar que “a identificação do ‘criminoso’ em indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis produz uma sensação de alívio. O ‘criminoso’ é o outro. Quem não é processado ou condenado vive uma conseqüente sensação de inocência”³⁸⁵. Os não selecionados pelo sistema podem autointitular-se, portanto, “*cidadãos de bem*, diferentes e contrapostos ao *criminoso*, ao *delinqüente*, ao *mau*”³⁸⁶, que, com a adoção de

³⁸² Citando estudos de Adam Crawford, menciona WACQUANT que “o conceito de tolerância zero é uma impropriedade de nomenclatura. Ele não implica, como parece, uma estrita sanção por todas as leis – o que seria impossível, até mesmo intolerável –, mas a sanção, necessariamente discriminatória, de certos grupos, em certos lugares simbólicos e usando certas leis. Quando foi que a ‘tolerância zero’ atingiu os crimes de colarinho branco, as fraudes e os desvios de dinheiro, a poluição ilegal ou a violação da legislação de emprego à saúde? Na realidade, seria mais apropriado descrever as medidas de lei e ordem, implementadas em nome da ‘tolerância zero’, como estratégias de ‘intolerância zero’” (WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 102). A referência para uma análise mais ampla do Estado penal implantado nos Estados Unidos é a obra de WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, em especial Partes 1, 2, e 3.

³⁸³ WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 101.

³⁸⁴ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 73.

³⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 10-11.

parâmetros bélicos e a idéia da existência de uma guerra contra o crime³⁸⁷, tão bem recebida pelo senso comum, passa a ser o *inimigo*.

A partir daí, previsível que “a atividade da justiça penal se despreocupe com o que o acusado *fez*, para atentar cuidadosamente para o que ele *é*”³⁸⁸. À continuidade, restará autorizada a existência de preceitos normativos diferenciados para referido grupo. Afinal, se são os *anormais* quem praticam crimes, não haveria razão para não se autorizar que, tanto na elaboração quanto na aplicação das normas, fosse-lhes empregado um tratamento diferenciado, mesmo que para tanto seja necessária a flexibilização de garantias estruturais do sistema há muito consolidadas³⁸⁹.

Não por outro motivo, Salo de Carvalho ressalta que uma das principais contribuições do enfoque do etiquetamento foi a de denunciar a *essencialização do criminoso*:

Ao demonstrar como as criminologias, as instituições e os discursos configuradores do sistema penal ampliam o ato ilícito, estabelecendo regressão na análise da história individual do desviante de maneira a perceber todos os momentos significativos de sua vida como preparatórios ou resistentes ao *grande ato*. A potência criminal, que inexoravelmente se transforma em ato, passa a constituir, portanto, a essência do criminoso. E, após a realização do ato, não apenas o passado, mas o futuro do criminoso esta comprometido pelo impulso à repetição³⁹⁰.

As ditas vangatens (e falácias) desta *essencialização do outro* foram bem delineadas por Jock Young³⁹¹, ao reconhecer que, na atualidade, se assiste a um retorno deste processo que já era denunciado pelo etiquetamento. Segundo o autor,

³⁸⁷ Como advete GARCIA-PABLOS DE MOLINA, a impossibilidade de extirpar o delito da sociedade faz com que careça de sentido e justificação as “cruzadas contra la criminalidad, las vehementes declaraciones de guerra contra el infractor, pues actitudes beligerantes y apasionadas de tal naturaleza generan políticas criminales de desmedido rigor y parecen incompatibles con la serenidad que el análisis científico reclama” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 25 ago. 2011).

³⁸⁸ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 74.

³⁸⁹ No âmbito italiano, dando ênfase à figura do *imigrante* como um dos *inimigos*, válido o evento *Migranti non criminali. Argomenti e testimonianze contro la criminalizzazione dell'immigrazione*, ocorrido na cidade de Roma/Itália, em 11 de junho de 2009. Disponível em <www.radioradicale.it>. Acesso: 20 de dez. 2010. No mesmo sentido, *1ª Edizione del Festival del Diritto - L'illusione della sicurezza*, ocorrido na cidade de Piacenza/Itália, em 26 de setembro de 2008. Disponível em <www.radioradicale.it>. Acesso: 20 de dez. 2010.

³⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

³⁹¹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 156-158.

esses estereótipos que são aplicados a certos grupos têm a utilidade de a) propiciar uma segurança ontológica; b) permitir culpar o outro, responsabilizando um dado grupo pelos problemas sociais sistêmicos; c) servir de base para projeções, e, principalmente; d) legitimar tanto o privilégio como a deferência, permitindo que se mantenham e sejam aceitas posições de superioridade ou inferioridade.

A partir daí se terá como aberta a porta para o ingresso no sistema de um direito penal diferenciado, um direito penal de *anormais* ou, em nomenclatura que já restou consolidada, um *direito penal do inimigo*³⁹², entendendo-se como *inimigo* “aquele que assume o perfil do estranho à comunidade, a quem, por sua apontada *periculosidade*, não são reconhecidos os mesmos direitos dos pertencentes à comunidade e que, assim, desprovido de dignidade e de direitos, perde sua qualidade de pessoa, tornando-se uma *não pessoa*”³⁹³.

Perante este tratamento diferenciado, o papel exercido pelos agentes de controle social formal tenderá a ser, no mínimo, o de mero executore acrítico de um sistema que incrementa ainda mais a estigmatização que já vinha sendo empreendida pelas etapas anteriores. Thompson acentua que “o inocente promotor não percebe que sua participação no inquérito dá-se, em última análise, como forma de proteger o criminoso de luxo – exatamente ao contrário do que imagina”³⁹⁴.

Assim, ao invés de *combater a criminalidade*, como costumeiramente se alardeia, as agências de controle social se limitarão a fomentar uma maior exclusão social, num processo que já vinha sendo denunciado por Rusche e Kirchheimer desde o final da década de 1930³⁹⁵. Daí concluir Maria Lucia Karam que “aí reside

³⁹² Dentre as inúmeras obras existentes na atualidade que abordam a questão, cita-se JAKOBS, Günther. **El fundamento del sistema jurídico penal**. Lima: ARA Editores, 2005, já que, conforme informa Maria Lucia Karam, “a expressão foi empregada pela primeira vez por Gunther Jakobs, de forma crítica, em 1985. Jakobs, no entanto, a partir de 1999, passou a tentar legitimá-la, ou, pelo menos, a conformar-se com a tendência assinalada” (KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, nota 9). Estudo específico relacionado à gênese da expressão pode ser conferido em MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.83, p.93, jan./mar. 2010.

³⁹³ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

³⁹⁴ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 87.

³⁹⁵ Faz-se referência, aqui, a obra já citada RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, escrita originalmente em 1939. Mais atuais as abordagens são as de YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (escrita na década de 1970) e DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006 (escrita já neste século).

uma das mais sólidas fontes de sustentação do sistema penal, de sua violência, de sua seletividade, de sua irracionalidade”³⁹⁶.

Ademais, embora feito em relação às correntes etiológicas, vale também aqui o alerta de Anitua no sentido de que a estratégia de “esteriotipar qualquer grupo fortalece o desenho do poder estatal”³⁹⁷.

Vale, ainda, o alerta de Zaffaroni³⁹⁸ de que a seletividade aqui é a mais elementar demonstração da falsidade das legalidades penal e processual proclamadas pelo discurso jurídico-penal, o que pode ser identificado, principalmente, através:

- Da duração extraordinária dos processos penais, a qual provoca uma distorção que tem como resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou da decisão de prisão preventiva em autêntica sentença, implicando no predomínio da figura dos *presos sem condenação*;
- Da carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas, o que dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios que, praticamente, cria um verdadeiro *campo de arbitrariedade*; e
- Da proliferação de tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamento do verbo típico, dentre outras incongruências violadoras da base principiológica do direito penal.

Não por outra razão, absolutamente previsível identificar a conclusão de pesquisa jurisprudencial empreendida por Streck³⁹⁹, na qual ressalta a nítida diferenciação de tratamento dispensado à criminalidade do *andar de baixo*, inclusive pelos Tribunais Superiores nacionais. Cita-se, a título meramente exemplificativo, o injustificável tratamento diferenciado dispensado pelos tribunais à reparação do dano nos crimes tributários e nos crimes contra o patrimônio.

³⁹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

³⁹⁷ ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 57.

³⁹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 27-28.

O (mero) parcelamento do débito oriundo de crimes contra a ordem tributária e previdência extingue a punibilidade (art. 9º da Lei 10.684/03), benefício que se resiste em estender ao autor de um furto que reparou o dano à vítima: “Apropriação de contribuições previdenciárias. Parcelamento do débito. Extinção da punibilidade. Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão segundo a qual, nos crimes contra a ordem tributária, o parcelamento antecedente à denúncia extingue a punibilidade” (REsp nº 249.812/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 17.05.01, v.u., DJU 18.02.02, p. 525, in Boletim IBCCRIM, 112/593). “Apelação-Crime - Furto Simples - Princípio da Insignificância - Inaplicabilidade - Decreto Condenatório Mantido - Autoria e Materialidade Demonstradas - Dosimetria da Pena (...) 3. Arrependimento Posterior - Como o bem objeto do furto foi devolvido à vítima, antes do oferecimento da denúncia, incidiu a redutora prevista no art. 16 do CP. Impossibilidade de analogia com o Direito Tributário - o qual permite a extinção da punibilidade com a reparação do dano -, porque a situação em comento tem previsão na lei penal. (...) Apelo improvido. De ofício, corrigido erro material, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao réu em 8 meses de reclusão” (Apelação-Crime nº 70015163355, 8ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Fabianne Breton Baisch. j. 23.08.2006, unânime).⁴⁰⁰

Justamente por isto, necessário concordar com a abordagem de Muñoz Conde e Hassemer ao reconhecerem que há dois argumentos que contribuem fundamentalmente para o etiquetamento característicos da fase judicial, um dizendo respeito ao “papel que tem o juiz como criador do Direito”⁴⁰¹ e o outro tendo “por base o caráter invisível da ‘esfera interna’ do delito”⁴⁰².

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, especificamente p. 80-82.

⁴⁰⁰ “Aliás, em exemplo que também põe a lume a clientela do direito penal no Brasil, enquanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o furto de objetos avaliados em R\$ 37,00 (trinta e sete reais) *não é insignificante*, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região (que compreende o Estado do Rio Grande do Sul) pacificou jurisprudência no sentido de que é bagatela, para fins criminais, a sonegação de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em tributos, para o crime de descaminho” (*Ibidem.*, p. 80).

⁴⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113. “Para a teoria do etiquetamento, o verdadeiro conteúdo da lei é determinado pelos órgãos encarregados de sua aplicação, polícia, ministério público e tribunais, que, em teoria, devem ater-se à lei em suas respectivas tarefas de investigação, acusação e sentença, mas que, em realidade, operam com ela de modo dispositivo, pois não tomam (nem podem tomar) a etiqueta do ‘delinquente’ desta lei independente deles, mas partem de suas particulares concepções acerca da fronteira entre conduta delitiva e não delitiva. Se a lei fala somente através da palavra do juiz, e este não é em verdade, como pretende Montesquieu, unicamente a boca que pronuncia palavras da lei, mas um verdadeiro artífice, quem em realidade fala é o próprio juiz, o ‘agente’ do controle social formal, e não a norma legal abstrata” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113).

⁴⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113. Por meio da expressão *invisibilidade da esfera interna do delito* querem os autores referir-se à “dificuldade que tem o juiz para aceder a subjetividade do autor do delito, às suas motivações, intenções ou tendências num momento em que cometeu o crime. (...) Nestes casos, o Juiz é, inevitavelmente, portador de uma série de preconceitos e experiências prévias que condicionam sua valoração e, portanto, a atribuição de um elemento subjetivo que somente se pode deduzir ou conjecturar, mas nunca provar com a mesma certeza e segurança de um elemento objetivo. E isso, não há dúvidas,

Tudo de modo a concluir com Augusto Thompson, no sentido de reconhecer que “a justiça criminal é discriminatória, sendo perfeitamente identificável o norte da bússola que orienta a condução de seus afazeres”⁴⁰³.

Como bem pontuam Muñoz Conde e Hassemer, “a crítica ao sistema social e aos processos de criminalização que faz surgir este sistema não é, portanto, como alguns crêem ou afirmam (provavelmente com a intenção de retirar sua credibilidade), ociosa ou um simples panfleto político de revolucionários ou descontentes”⁴⁰⁴. É algo mais profundo que, com base em dados empíricos, destacou que a atual forma de definir e sancionar certas formas de criminalidade não é mais que um reflexo das próprias injustiças sociais que o sistema produz, como uma forma de controlar e perpetuar as estruturas sociais.

2.4 O CRIME E A CIDADE

Apesar dos diversos acertos do modelo criminológico interacionista, não é de todo certo ignorar ser o mesmo permeado de críticas fundadas em alguns de seus equívocos, parte das quais, inclusive, já vinha sendo referida no início deste excurso na criminologia⁴⁰⁵.

Neste particular, pontua Hassemer⁴⁰⁶ que, se por um lado o *enfoque do etiquetamento* teve o mérito de trazer à tona os problemas decorrentes do processo

contribui também para o processo de etiquetamento e para aumentar as possibilidades que chegue a ser etiquetado como delinqüente ou marginal social, o imigrante ilegal, ou o que já tem antecedentes criminais etc, muito mais que aquele que, por seu nível econômico, cultural ou social, esta acima de qualquer suspeita” (MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113-115).

⁴⁰³ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 67.

⁴⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93-94.

⁴⁰⁵ Faz-se referência, uma vez mais, ao destaque de GARCIA-PABLOS DE MOLINA em relação ao equívoco de se conferir ao controle social uma eficácia “constitutiva”, isto é, criadora, da criminalidade (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69). Sobre os acertos e desacertos do *etiquetamento*, confira-se MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 115-118; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, Segundo Livro, Capítulo 2, § 10, III.

de criminalização e a identificação de que não existem “os” criminosos, pois tanto eles quanto os não criminosos oscilam, sendo a criminalização um processo interativo que os define, por outro, demonstrou ser absolutamente carente de prognósticos, deixando de trazer qualquer proposta de enfrentamento ao fenômeno criminal, “permanecendo caladas sobre a questão das suas consequências para a *política criminal e social*. Politicamente elas não têm nada a oferecer além de um conselho distante, de que se deve acabar com as definições”⁴⁰⁷.

Ademais, “se pronunciássemos a criminalidade como resultado de uma definição, então seria de total relevância saber sob quais pressupostos se define alguém como criminoso”⁴⁰⁸. Ou seja, para não se limitar “a uma concepção que sustente a definição de criminalidade como algo espontâneo ou acidental, é preciso *continuar a investigar os fatores* que levam as instâncias formais de controle social a definir uma vez de um modo, outra vez de outro”⁴⁰⁹.

Daí ser forçoso concluir que o modelo criminológico decorrente do *enfoque do etiquetamento* persiste confirmando algo que já se afirmava no início deste estudo – no sentido da inexistência de uma corrente criminológica definitiva, aceita como aquela que atingiu o ápice do conhecimento a respeito do fenômeno crime⁴¹⁰ –, pois, igualmente, não pode o etiquetamento ser tido como um modelo universal que forneça somente respostas adequadas.

Até porque, como lembra Salo de Carvalho⁴¹¹, o estudo centrado no binômio *criminalidade e criminalização*, existente desde a constituição das ciências penais na modernidade, não é mais condizente com a complexidade da sociedade atual.

Assim, embora não se diminua a absoluta importância da mudança paradigmática causada pelo *labelling approach*⁴¹² – no “deslocamento da indagação

⁴⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 105.

⁴⁰⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 106.

⁴⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 105-106.

⁴⁰⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 106.

⁴¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20-21.

⁴¹¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25.

⁴¹² Conforme HASSEMER, não é exagero fazer-se referência à uma “mudança de paradigma” gerada pelo enfoque do etiquetamento: “como mudança de paradigma científico compreende-se na

causal para a avaliação dos processos de criminalização e do funcionamento das agências de punitividade”⁴¹³ –, há de se reconhecer que houve um passo seguinte, o qual direcionou-se para uma identificação de que o momento é de desenvolvimento de um pensamento criminológico problematizador,

[...] no qual a criminologia atuaria no campo das investigações empíricas dos fatores de risco, de vulnerabilidade individual e social ao delito e dos danos produzidos pela atuação das agências de punitividade, propiciando, por outro lado, mecanismos sofisticados, pois ancorados na realidade, de interpretação dogmática⁴¹⁴.

Este o campo de investigação da denominada *criminologia pós-crítica*, também intitulada *pós-moderna*⁴¹⁵.

Perceptível que esse modelo criminológico nada mais seja do que uma especificação do pensamento crítico pós-moderno caracterizado essencialmente pelo “reconhecimento do fim das grandes narrativas e a impossibilidade de aceitação de qualquer tipo de verdade universal”⁴¹⁶.

história da ciência e na sociologia científica a substituição de todos os elementos que caracterizam uma ciência estabelecida: o objeto de pesquisa, os instrumentos de pesquisa, os critérios de veracidade das perguntas e das respostas, as exigências na linguagem, a racionalidade e o desenvolvimento científico, os interesses políticos-sociais e científicos. Estas modificações do *labeling approach* no panorama criminológico são de fato fundamentais” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 104). No mesmo sentido, GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em <www.cienciaspenales.net>. Acesso em 25 ago. 2011.

⁴¹³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25. Pontua HASSEMER: “o autor não pode mais ser objeto de investigação de teorias criminológicas. Em seu lugar entram as instâncias formais de controle social, de certo modo como ‘o autor’, como a descoberta da nova fonte da criminalidade. O interesse da investigação desloca-se do desviante e seu meio para aqueles que o definem como desviante; e em vez dos déficits de socialização são questionados os processos de controle ou a gênese das normas; os defeitos não são procurados nos controlados, mas nos controladores; em vez de ir atrás da explicação da criminalidade se vai atrás da explicação da criminalização. O ‘autor’ do delito torna-se ‘vítima’ (dos processos de definição)” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 104).

⁴¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 26.

⁴¹⁵ Sobre a individualidade deste modelo criminológico, destaca Salo de Carvalho que “embora se possa perceber em algumas correntes criminológicas críticas importantes aberturas às inovações trazidas pela criminologia pós-moderna, assistem razão Arrigo e Bernard ao apontar que não existem pontos de convergência entre estas espécies de criminologia, sendo aconselhável, em termos teóricos, não conceituar a criminologia pós-moderna como espécie de criminologia do conflito ou como variação do pensamento criminológico radical. Sobretudo em face das diferentes perspectivas em relação ao exercício das atividades de investigação científico-social derivadas de orientações teóricas e métodos de pesquisa independentes” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29).

⁴¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

A denúncia pós-moderna diagnostica a necessidade de as ciências criminais incorporarem em seu universo de análise a categoria *complexidade*, reconhecendo a diferença entre os atos desviantes e os criminalizados para construção de múltiplas respostas, formais e informais, de exercício não-violento do controle social. A importância da teoria pós-moderna é demonstrar que para problemas complexos é fundamental construir mecanismos complexos de análise, avessos às respostas binárias, unívocas e universais, bem como alheios à pretensão de verdade inerente à vontade do sistema que orienta os modelos científicos modernos.⁴¹⁷

Para tanto, faz-se referência a um novo modelo integrado de ciências criminais⁴¹⁸, no qual a criminologia pós-crítica “atuaria como problematizadora da dogmática e facilitadora da política criminal, apontando alternativas à redução dos danos causados pelas violências privadas (delito) e públicas (abuso dos poderes penais)”⁴¹⁹.

Diante desta conjuntura pós-moderna, importa reconhecer que o papel que passou a ser exercido pelas agências de controle formal na configuração da criminalidade não diz respeito mais, tão somente, à contribuição da criminalização do *andar de baixo* (como denunciava o enfoque do etiquetamento), mas à aceitação e fomento da exclusão social de determinados grupos. Neste sentido, precisa a abordagem de Elías Neuman, no sentido de que:

⁴¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31-32. Já em BECKER notava-se a admissão da complexidade dos problemas relativos ao crime e ao desvio: “ao perceber o desvio como ação coletiva a ser investigada em todas as suas dimensões, como qualquer outra forma de atividade coletiva, notamos que o objeto do nosso estudo não é o ato isolado cuja origem devemos descobrir. Ao contrário, o ato que se alega ter ocorrido, quando ocorreu, se situa em uma rede complexa de atos que envolvem outros, assumindo parte desta complexidade em razão da maneira como distintas pessoas e grupos o definem” (BECKER, Howard. *Outsiders*. Apud CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32).

⁴¹⁸ Igual discussão foi travada durante o evento *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, ocorrido na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em <www.radioradicale.it>. Acesso em 20 de dez. 2010.

⁴¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 26. “A análise dos fatores de risco e da vulnerabilidade ao delito, no que tange aos autores de crime e às vítimas, redefine as pesquisas criminológicas empíricas, de forma a verificar a simplificação dos modelos etiológicos. Outrossim, problematiza de forma qualificada o estudo das distintas formas de manifestação do crime nas sociedades complexas, indicando a impossibilidade de modelo teórico universal que forneça respostas adequadas. Se a teoria do etiquetamento demonstrou inexistir ‘o’ crime como realidade natural, impossível conceber instrumento de análise empírico ou teórico totalizador. Importante verificar, igualmente, como estas conclusões atingem não apenas a criminologia, mas o direito penal e processual penal. Se inexistir ‘o’ delito, inviável pensar dogmática una, alheia aos problemas concretos e aos fatores de risco que caracterizam situações distintas” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25).

Quien recorra las prisiones de máxima seguridad de ciudades e pueblos en Latinoamérica o sus “reformatórios” – en realidad, deformatorios –, hechos para jóvenes transgresores, se encontrará con lo que desde hace años constituye un nuevo estereotipo caracterizado por la coloración de la piel, casi siempre negra o pardusca: tienen un modo de andar y de vestir parecidos: *jeans*, chaqueta o algún abrigo negro, cautela frente al visitante, la mirada huidiza, ojos brillantes, marcas en la cara y, casi siempre, varios dientes menos. Poseen denominadores comunes: son gente “de abajo”, humildes, en el límite crítico del hambre y la exclusión, que han tomado por desesperación el atajo de las adicciones o de la delincuencia, ante la miséria. Proviene de barrios paupérrimos, de casas de lata, sin luz ni sanitarios. Han vivido atenaceados por el desempleo. Y, en realidad, seres que no saben si van a comer ese día y no tienen alimentos para llevar a su casa ni medicamentos si sus hijos se enferman: nunca fueron hombres libres, aunque formalmente las leyes puedan decir lo contrario.⁴²⁰

Ao reconhecer que a *liberdade*, no contexto atual, não decorre tão-só de uma mera previsão legislativa formal, Neuman faz referência ao traço característico da pós-modernidade que interessará para os fins desta pesquisa.

Com efeito, conforme acentua Bauman⁴²¹, a previsão formal da liberdade garante apenas que a pessoa possa agir sob sua própria responsabilidade. Afinal, é do senso comum a máxima de que as pessoas, num Estado de Direito, podem tudo fazer, desde que a lei não as proíba. Esta previsão, porém, não assegura qualquer certeza de que a prática de uma dada ação trará efetivamente o benefício esperado.

Ademais, ignorando existir um vínculo da liberdade com pressões externas e internas⁴²², a previsão meramente formal da liberdade deixa escapar que a existência de pessoas livres assinala uma diferença de *status* dentro da sociedade, o que faz com que a liberdade cumpra uma função crucial na estabilização e na reprodução desta diferença⁴²³.

⁴²⁰ NEUMAN, Elías. **Los que viven del delito y los otros**. 3 ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 2-3.

⁴²¹ “Al ser libres, podemos estar seguros de que nadie nos prohibirá la acción que deseamos emprender. Pero no se nos brinda ninguna certeza de que lo que deseamos hacer, y hacemos, nos traerá el beneficio que esperamos, o algún beneficio” (BAUMAN, Zygmunt. **Libertad**. Buenos Aires: Losada, 2007, p. 10-11).

⁴²² “Las restricciones externas son esos elementos de la realidad exterior que clasifican las intenciones individuales en factibles y poco realistas, y las situaciones que el individuo desea lograr mediante sus acciones en altamente probables o muy improbables”. Por outro lado, “el segundo grupo de conceptos [pressões internas] se relaciona con esas fuerzas reguladoras que tienden a ser ‘internalizadas’ por los individuos. Mediante aprendizaje, ejercitación, instrucción o solo el ejemplo dado por la gente que le rodea, los mismos motivos, expectativas, esperanzas y ambiciones del individuo son modelados de una manera peculiar, de modo que su dirección no es plenamente azarosa desde el comienzo” (BAUMAN, Zygmunt. **Libertad**. Buenos Aires: Losada, 2007, p. 19-20).

⁴²³ “la existencia de individuos libres señala una diferencia de estatus dentro de una sociedad dada y que, además, cumple una función crucial en cuanto a estabilizar y reproducir esa diferencia” (BAUMAN, Zygmunt. **Libertad**. Buenos Aires: Losada, 2007, p. 23).

Pois bem, se na *sociedade disciplinar*, a que fez referência Foucault⁴²⁴ ao se reportar aos séculos XIX e parte do XX⁴²⁵, a restrição da liberdade podia ser perfeitamente identificável através da estrutura das prisões, das fábricas, dos hospitais, dos quartéis e dos colégios – e isto até por se identificar ser mais eficaz e rentável vigiar (e adestrar) do que punir⁴²⁶ –, na *sociedade pós-moderna* as restrições à liberdade são de outra natureza, não demandando espaços físicos especificamente criados para tanto.

De fato, enquanto no século XIX a *tecnologia de poder* foi orientada à transformação da alma dos indivíduos, com regras pré-definidas à normalização do comportamento do homem, criando um ser dócil e útil, utilizando-se para tanto das agências de controle social formal e informal (família, escola, exército, fábrica e prisão)⁴²⁷, a partir da sociedade pós-moderna, conforme Deleuze, há uma crise generalizada das instituições de confinamento, “desde la familia, a la fabrica, el hospital o la prisión, las cuales, a pesar de las múltiples reformas, son irrecuperables en su función anterior”⁴²⁸.

⁴²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, especialmente Terceira Parte. Embora demandasse aprofundamento que fugiria aos propósitos deste trabalho, cabe registrar que a denominação deste período como *sociedade disciplinar* decorre das características essenciais apresentadas pelo mesmo, referindo-se a uma distribuição das pessoas em espaços individualizados, classificatórios, hierarquizados e permanentemente vigiados com instrumentos de controle que permitam sujeitar a pessoa ao tempo, para que produza com o máximo de rapidez e eficácia, desempenhando funções diferentes conforme o objetivo específico que dela se exige.

⁴²⁵ Em nota, BRANDARIZ GARCIA ressalta que FOUCAULT não desconhecia que as sociedades anteriores tinham instâncias de controle social ou de castigo. Estas, no entanto, possuíam fins diversos, que se “operaban en una lógica puramente negativa, destructiva, em vez de productiva, transformadora” (BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, nota 64).

⁴²⁶ “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 143). Necessária referência é feita, neste particular, as obras de RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006; DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, especialmente Capítulo 1.

⁴²⁷ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Meio Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999; FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. Sob esta perspectiva, identifica-se que a função da prisão não era prioritariamente de exclusão, mas de normalização dos indivíduos, fazendo uso para tanto: a) da temporalização da vida dos sujeitos, ajustando seu tempo à produção; b) do controle de seus corpos, convertendo-os em força de trabalho; c) da integração desta força de trabalho num marco produtivo (BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 30).

⁴²⁸ DELEUZE, Gilles. **Conversaciones**. Valencia: Pre-Textos, 1995. *Apud* BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 32.

Como consequência “el control del presente abandona los lugares cerrados y determinados – lugares de disciplina, en el pasado – y se extiende por todo el espacio social, en dispositivos de control que se hacen modulables y constantes, permanentes”⁴²⁹, deixando de ser um projeto de longo prazo (como era da essência da disciplina), para ser uma resposta de curto prazo, executado de forma contínua.

A partir daí, além de se assistir a assunção de uma mera função de neutralização pela prisão, particularmente para os sujeitos eleitos como perigosos, assinala De Giorgi, que se assiste uma simultânea difusão do controle no âmbito urbano, com uma arquitetura que não se limita a possibilitar a vigilância (modelo foucaultiano), mas que “se transforma, ela mesma, em dispositivo de vigilância, modalidade de uma repressão que se exerce, ainda uma vez, não mais sobre os indivíduos singulares, mas sobre classes inteiras de sujeitos”⁴³⁰.

Determinados lugares, sob esta lógica, passam a ser estigmatizados, sendo conhecidos como locais que compõem o refugio da sociedade. Afinal, conforme YOUNG⁴³¹, lá se localizam grupos sociais marginalizados, que por isso podem ser facilmente *demonizados*, pois para lá o ponteiro indica que se pode acusar. Loïc Wacquant há muito vem denunciando:

Favela no Brasil, poblacione no Chile, villa miseria na Argentina, cantergril no Uruguai, rancho na Venezuela, banlieue na França, gueto nos Estados Unidos: as sociedades da América Latina, da Europa e dos Estados Unidos dispõem todas de um termo específico para denominar essas comunidades estigmatizadas, situadas na base do sistema hierárquico de regiões que compõem uma metrópole, nas quais os párias urbanos residem e onde os problemas sociais se congregam e infeccionam, atraindo a atenção desigual e desmedidamente negativa da mídia, dos políticos e dos dirigentes do Estado. São locais conhecidos, tanto dos forasteiros como para os mais íntimos, como ‘regiões-problema’, ‘áreas proibidas’, circuito ‘selvagem’ da cidade, territórios de privação e abandono a serem evitados e temidos, porque têm ou se crê amplamente que tenham excesso de crime, de violência, de vício e de desintegração social. Devido à aura de perigo e pavor que envolve seus habitantes e ao descaso que sofrem, essa mistura variada de minorias insultadas, de famílias de trabalhadores de baixa renda e de imigrantes não-legalizados é tipicamente retratada à distância em tons

⁴²⁹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 32.

⁴³⁰ “A nova arquitetura urbana e as políticas de controle que nela se apóiam – quer se chame *tolerância zero* ou *neighbourhoodwatch*, ou ainda *vigilância eletrônica* ou *communtty policing* – alimentam uma geografia social totalmente independente dos comportamentos individuais (ausência de uma norma), preparada para a segregação e a conteção de classes de indivíduos definidos pelo *status* (imposição de uma ordem)” (DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 102-103).

⁴³¹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 12.

monocromáticos, e sua vida social parece a mesma em todos os lugares: exótica, improdutivo e brutal.⁴³²

Daí reinterpretar-se o uso do termo *gueto* que, se inicialmente referia-se “à consignação forçada de judeus a distritos especiais por parte de autoridades políticas e religiosas da cidade”⁴³³, na pós-modernidade, passa a ser compreendido como um “dispositivo sócio-espacial que permite a um grupo estatutário, dominante num quadro urbano, *ostracizar e explorar*, simultaneamente, um grupo subordinado, portador de um *capital simbólico negativo*”⁴³⁴, criando uma “relação de controle e de fechamento etno-racial, composta de quatro elementos: (i) estigma; (ii) coação; (iii) confinamento territorial e (iv) segregação institucional”⁴³⁵, não por coincidência os mesmos elementos fundamentais característicos das prisões⁴³⁶.

Diante desta configuração social, compreensível que as limitações à liberdade vão muito além daquelas normatizadas. Apresentam reflexos sociais, culturais e, certamente, econômicos, daí compreender-se a sociedade atual como uma *sociedade de consumo*.

Se o *gueto* serve como representação dos limites sociais e culturais à liberdade nos tempos atuais, a *reconfiguração do trabalho* dá mostra da limitação econômica a que se faz referência.

Desta última (*reconfiguração do trabalho*) trata Bauman⁴³⁷ ao ressaltar que, tendo deixado de ocupar o lugar central que ocupava no passado, o trabalho – que “significaba la diferencia entre opulencia e indigencia, autonomía y dependencia,

⁴³² WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Estudos sobre a marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 07.

⁴³³ WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 78. Informa o autor que a expressão *gueto* foi cunhada por derivação do italiano *giudecca*, *borguetto* ou *gietto*.

⁴³⁴ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 344. No mesmo sentido, WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

⁴³⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 345.

⁴³⁶ “O gueto opera à maneira de uma *prisão etno-racial*: coloca na gaiola, digamos assim, uma categoria desprovida de honra e reduz severamente as oportunidades de vida de seus membros, ao assegurar ao grupo estatutário dominante, que reside em suas imediações, a ‘monopolização dos bens ou das oportunidades materiais e espirituais’. (...) Observemos, em seguida, as homologias estrutural e funcional entre o gueto e a prisão, concebida como um *gueto judicial*. Uma casa de detenção ou de cumprimento de pena é, certamente, um *espaço* reservado que serve para confinar, à força, uma *população* legalmente estigmatizada, no interior da qual esta população desenvolve *instituições*, uma cultura e uma identidade desonrada que lhe são específicas” (WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 345).

⁴³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Libertad**. Buenos Aires: Losada, 2007, p. 177-219.

posición social alta o baja”⁴³⁸, servindo “para la cristalización del disenso social, y como campo de batalla donde podía darse salida a los conflictos”⁴³⁹ –, tornou-se menos importante em relação a outras esferas da vida.

Assim, se, anteriormente, a importância do trabalho consistia principalmente em confirmar a suficiência do esforço laboral, sob a *ética do consumo*, serve ele como instrumento de busca da satisfação, autonomia e, no que ora interessa, da própria liberdade.

Ser livre, na atualidade, é ser livre para consumir, pois só assim se buscará o prazer.

Para el sistema de consumo, un consumidor feliz de gastar es una necesidad; para el consumidor individual, gastar es un deber, tal vez el más importante de los deberes. Hay una presión para gastar: a nivel social, la presión de la rivalidad simbólica, de autoconstrucción mediante la adquisición de distinción y diferencia, de la búsqueda de aprobación social por mérito del estilo de vida y la pertenencia simbólica.⁴⁴⁰

Em uma sociedade de consumo, a pobreza não mais significa a mera ausência de posses materiais. Significa incapacidade social e política, primeiro causada pela incapacidade de desempenhar o papel de consumidor “y luego confirmada, legalmente corroborada y burocráticamente institucionalizada como una condición de heteronomía y falta de libertad”⁴⁴¹.

E se assim é, compreensível a razão pela qual há indiferença e exclusão em relação a certos grupos sociais. Afinal, não sendo consumidores, mas, conforme Bauman, meros *vagabundos*, correspondem a

[...] uns estraga-prazeres meramente por estarem por perto, pois não lubrificam as engrenagens da sociedade de consumo, não acrescentam nada à prosperidade da economia transformada em indústria de turismo. São inúteis, no único sentido de ‘utilidade’ em que se pode pensar numa sociedade de consumo ou de turistas. E por serem inúteis são indesejáveis. Como indesejáveis, são naturalmente estigmatizados, viram bodes expiatórios. Mas seu crime é apenas desejar ser como os turistas... sem ter os meios de realizar os seus desejos como os turistas.⁴⁴²

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 177.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 190.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁴² Ao tratar da estratificação na atual “sociedade de consumo”, caracterizada pela mobilidade, pontua BAUMAN que para os habitantes do Primeiro Mundo, intitulados *turistas*, “as fronteiras dos Estados foram derrubadas, como o foram para as mercadorias, o capital e as finanças”. Já para os habitantes do Segundo Mundo, a quem chama de *vagabundos*, “os muros constituídos pelos controles de imigração, as leis de residência, a política de ‘ruas limpas’ e ‘tolerância zero’ ficaram mais altos; os fossos que os separam dos locais de desejo e da sonhada redenção ficaram mais

Diante deste quadro, supera-se o interesse pela reabilitação e normalização na intervenção sobre as causas da criminalidade (nas quais se lastreava o Estado Social), para dar espaço a uma *sociedade de controle* em que se busca a mera neutralização.

De modo que, se as agências de controle social, no curso da sociedade disciplinar característica da modernidade, tinham até então um *locus* de atuação pré-definido, limitado e vigiado, na pós-modernidade o controle passa a incidir de forma muito mais ampliada e difusa.

Adverta-se, porém, que esta transição (da *sociedade disciplinar* à *sociedade de controle*) ainda não está finalizada, não se podendo desde já reconhecer um novo paradigma. Neste particular, válida a ressalva de Brandariz García⁴⁴³ em precisa abordagem sobre a incompletude da transição, o que, como consequência, faz com que seja comum a verificação de traços de modelos que pareciam ultrapassados.

De qualquer forma, para uma compreensão da dimensão desta transição, é fundamental ter presente sempre uma *transversalidade disciplinar*, que envolve uma inter-relação de figuras jurídicas, políticas, sociais e produtivas. Isto porque é dela que surge um marco a partir do qual decorrerão questões muito mais específicas como a emergência da neutralização, a obsessão pelo controle diante de uma sensação social de insegurança crescente, o desenho de um novo direito penal do inimigo superador do Estado de Direito e, inclusive, a paulatina consolidação de um sistema global de justiça penal⁴⁴⁴.

Todas estas questões possibilitariam abordagens individualizadas que em muito suplantaria os limites deste trabalho. Por ora, servem como um demonstrativo de que o momento sociológico que vem sendo vivenciado a partir do pós-

profundos, ao passo que todas as pontes, assim que se tenta atravessá-las, revelam-se pontes levadiças" (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização. As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999, p. 97-98 e 104-105).

⁴⁴³ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, em especial item II.2. "los analistas que desarrollan estas líneas de estudio destacan que lo que se prefigura no es – aún – un nuevo paradigma sólido, sino una orientación, una tendencia em proceso transitório, en la medida en que en las sociedades del presente conviven todavía dinámicas de carácter disciplinario con dispositivos propios de las lógicas de control, y tal vez incluso, en lo que se refiere a una consolidación de elementos de emergencia o excepcionalidad permanente, medidas de etapas predisciplinarias, soberanas" (BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 37-38).

⁴⁴⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 29.

modernismo, tem influenciado sobremaneira o papel exercido pelas agências de controle social formal, indo muito além do que denunciava o enfoque do etiquetamento.

CAPÍTULO 3

CRISE NO MODELO MINISTERIAL BRASILEIRO DE ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO CRIMINAL

Neste ponto da pesquisa, ultrapassado o aporte criminológico mínimo para contextualizar-se o momento sociológico que incide sobre as agências de controle social formal, surge a importância de, sucessivamente, se enfrentar uma indagação e apresentar uma proposição, ambas diretamente vinculadas à realidade do Ministério Público brasileiro, objeto central da pesquisa.

A primeira diz respeito à eventual crise que possa existir na coexistência das funções de defesa do regime democrático e de persecutor penal por uma única instituição: o Ministério Público. Interessa saber se esta coexistência é possível e pode ser compatibilizada.

A segunda vinculada à atuação extrapenal do Ministério Público brasileiro em prol de uma intitulada *transformação social* através da prevenção criminal.

Neste passo, dadas as limitações de espaço, é premente advertir-se não ser pretensão da pesquisa aferir quais seriam os *instrumentos ministeriais* que, em tese, poderiam ser aptos a uma tal finalidade. Afinal, tal interesse demandaria estudo profundo de expressivo número dos instrumentos que pertencem ao cotidiano da atividade ministerial⁴⁴⁵.

Igualmente não faz parte do objeto da pesquisa a identificação de qual seria esta dita *transformação social*, expressão com conceituação vaga, de pouca precisão, e, principalmente, cuja mensuração implicaria em trabalho absolutamente diverso do ora traçado, demandando, portanto, pesquisa independente. Veja-se,

⁴⁴⁵ Pense-se, a título de exemplo, no rol das atribuições previstas no artigo 129 da Constituição da República de 1988 em seus nove incisos, para ficar com apenas alguns: promover a *ação penal pública*; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as *medidas necessárias* a sua garantia; promover o *inquérito civil* e a *ação civil pública*, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a *ação de inconstitucionalidade ou representação* para fins de intervenção da União e dos Estados; defender *judicialmente* os direitos e interesses das populações indígenas; expedir *notificações* nos procedimentos administrativos de sua competência, *requisitando informações e documentos* para instruí-los; exercer o *controle externo da atividade policial*; *requisitar diligências investigatórias* e a *instauração de inquérito policial*. Não bastasse a generalização de diversos deles, a própria Constituição faz referência, ainda, ao “exercer outras funções que lhe forem conferidas, fazendo com que o universo de pesquisa seja absolutamente amplo.

neste particular, que a própria delimitação de *qual* transformação social seria esta, já implicaria em expressiva ampliação do foco em pesquisa.

Por fim, ainda serve a ressalva para esclarecer que também não interessa para o estudo identificar qual seria a *natureza da prevenção criminal* pretendida. Isto porque, se houvesse este desejo, forçosa seria uma delimitação maior do objeto de estudo, limitando-o a uma dada natureza de crime. Do contrário, correr-se-ia o risco de aferir que uma mesma atuação ministerial, com o uso de iguais instrumentos, poderia implicar na prevenção de delitos ambientais, mas se mostrar absolutamente ineficaz para os mesmos fins no âmbito dos crimes contra a vida.

Tudo no sentido de esclarecer que a proposição vinculada à atuação extrapenal do Ministério Público brasileiro sobre a qual se referiu precede ao enfrentamento de quaisquer destas questões. Ou seja, o que se deseja é verificar a existência de uma premissa básica para que se possa discorrer, legitimamente, a respeito de uma possível transformação social, ainda que através da prevenção criminal. Uma premissa que, não raro, parece ser ignorada.

Reafirma-se, de qualquer modo, que a intenção tanto da resposta à indagação referida, quanto da proposição a ser apresentada não é de modo algum exauriente. Longe de se desejar solucionar tais aspectos da função ministerial, o que se pretende é tão somente contribuir para o seu descortinar e fomentar uma discussão crítica, resguardando-se sempre o caráter científico exigido para tanto.

3.1 A ATUAÇÃO DE DEFENSOR DO REGIME DEMOCRÁTICO E PERSECUTOR PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: É POSSÍVEL REFERIR-SE A UMA CRISE?

É previsível que a vinda de um modelo de Estado pós-moderno, além de reflexos no âmbito social e cultural, tenha implicado em transformações também nas estruturas estatais e, por consequência, no que interessa à pesquisa, tenha feito surgir um Ministério Público diverso daquele até então existente.

Afinal, se restou fixado como uma das características mínimas da instituição ser um “órgão estatal organizado e com corpo único e individualizado” (item 1.1) e se até o final da década de 1980 seu desenho normativo era diverso do que surgiu (item 1.2), parece evidente que a modificação do modelo estatal, que teve curso ao

longo do último terço do século XX, tenha representado profunda mudança institucional.

Não por outra razão que, mesmo na atualidade, é comum afirmar-se que a instituição ministerial brasileira ainda estaria buscando uma correta estruturação e identificação de suas funções⁴⁴⁶.

Sem embargo da natural e esperada dificuldade que esta alteração de modelo teria provocado, por força da configuração normativa traçada o que se identifica é que, no âmbito nacional, têm-se previsões que, embora pudessem ser vistas como antagônicas, podem e devem ser compatibilizadas, sob pena de desrespeito à estrutura estatal denominada *democrática de direito*.

Faz-se referência às funções ministeriais de defesa do regime democrático e de ente responsável pela persecução penal por meio da interposição da ação penal pública, expressão do poder punitivo estatal⁴⁴⁷.

Antecipa-se, desde já, que não se pretende, aqui, realizar digressões sobre a configuração de cada uma destas funções, algo que, ainda que individualmente,

⁴⁴⁶ Neste particular, pontual a reflexão de Luiz Roberto Saraiva Salgado, ao afirmar que “após vinte e três anos de maturação, com a chegada da maioria institucional, é indispensável à idealização de uma nova formatação interna que propicie harmonia ao conjunto de cada unidade ministerial dando coordenação aos seus objetivos e movimentos. É ainda necessário o aperfeiçoamento de mecanismos de controle de atuação, com efetiva avaliação do que pode ou não ser realizado e especialmente do que deve ou não ser realizado pelos órgãos de execução” (SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. **Demolindo mitos e construindo pontes**. Ministério Público. Nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: Edição do autor, 2011, p. 13). No mesmo sentido, ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – Revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. In: CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público**. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-119; MAZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um novo Ministério Público. In: CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público**. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133-143; BERCLAZ, Márcio S.; MOURA, Millen C.M. Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. In: CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público**. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145-172; STRECK, Lênio Luiz. Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da Constituição – Uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183-212; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Atuação extrajudicial do Ministério Público: dever ou faculdade de agir? In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 305-316; PENA, Ivana Farina Navarrete. Atuação do Ministério Público no exercício de suas atribuições constitucionais: algumas lacunas a preencher In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 401-413.

⁴⁴⁷ Dispõe a Constituição da República de 1988: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...) Art. 129.

implicaria em expressiva ampliação do foco principal da pesquisa⁴⁴⁸. Pretende-se tão-só identificar se vêm sendo visualizadas atuações de natureza criminal pelo Ministério Público brasileiro que estariam conflitando com a sua função maior de defensor do regime democrático. E, principalmente, identiicar-se se este conflito é estrutural ou, na verdade, estaria decorrendo justamente de uma visão equivocada, quiçá, de ambas as atividades.

Parte-se, para tanto, de função que já estaria posta, haja vista se tratar de mais uma das características mínimas institucionais então referidas (item 1.1): “órgão com funções criminais acusatórias”, cuja expressão maior se dá com a interposição da ação penal pelo Ministério Público.

Malgrado tenha sido visto que, normativamente, a partir da década de 80, foi inaugurado um novo perfil de Ministério Público brasileiro também em relação à forma de enfrentar o fenômeno criminal, ultrapassadas mais de três décadas desde esta introdução, ainda hoje persistem sendo identificadas atuações ministeriais que aproximam a instituição ao perfil que possuía no passado, quando então servia como *órgão de atuação de uma política autoritária*⁴⁴⁹.

Ilustrativa, neste particular, pesquisa empírica realizada por Lenio Luiz Streck, em que analisou recursos criminais interpostos perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para demonstrar que “uma ‘baixa compreensão’ acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático

São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

⁴⁴⁸ Em relação à primeira função, consulte-se RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**. Perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Já no tocante à segunda função referida, na doutrina nacional, merecem referência: LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público - visão crítica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁴⁹ Exemplo, neste sentido, pode ser conferido em recente notícia midiática lançada sob o título “Promotor aconselha policial a melhorar mira para matar ladrão”, o qual se expressa por si só. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/976892-promotor-aconselha-policial-a-melhorar-mira-para-matar-ladiao.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2011.

de Direito”⁴⁵⁰ – tem implicado em uma “problemática que não é difícil de constatar na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito”⁴⁵¹.

Na oportunidade, o autor citou exemplos em que se identificam reflexos de atuações ministeriais posteriores ao ano de 1988, data da promulgação do referido novo perfil, de modo a confirmar esse cenário de *baixa compreensão do sentido constitucional* que, por isso, merecem parcial traslado:

Exemplo 1) cidadão foi processado criminalmente porque, na noite de natal, foi a um baile e pagou o ingresso com um cheque que teria sido objeto de furto. O ingresso custou R\$ 6,00. O cheque foi passado no valor de R\$ 60,00. O Promotor de Justiça pediu a prisão preventiva do acusado (imaginem-se o grau de ‘periculosidade’ do citado cidadão, a ponto de o Ministério Público querer vê-lo recolhido à prisão). Felizmente, o Juiz não atendeu ao pleito. Entretanto, condenou o réu a 2 anos de reclusão! Examinando o processo em grau de recurso, constatou-se que sequer estava provado que o cheque era produto de furto. Mais ainda, nem de longe estava provado que o cheque tinha sido preenchido pelo acusado. (...)

Exemplo 3) cidadão foi processado porque teria furtado uma garrafa de vinho e alguns metros de mangueira plástica e um facão. Foi preso preventivamente. Ficou recolhido mais de 06 meses. Ao final, o Juiz o condenou a 04 meses de reclusão, pelo delito de receptação, do qual não havia prova alguma. Em segundo grau, o réu foi absolvido.

Exemplo 4) cidadão foi processado pelo crime de estelionato, porque teria comprado mercadorias em uma loja (limpador de pára-brisas), pagando com um cheque de R\$ 130,00, recebendo R\$ 80,00 de troco. Segundo a acusação, o cheque seria furtado. Foi condenado a 1 ano e 10 meses de reclusão. Permaneceu preso preventivamente por 10 meses. Como não foi dado direito ao acusado de recorrer em liberdade, quando o processo chegou ao segundo grau (apelação), já estava preso há quatorze meses. Resultado do julgamento: foi absolvido, porque não havia provas.

Exemplo 5) cidadão, depois de discutir com sua esposa, tentou suicídio. Não conseguiu o intento. Quando saiu do hospital, foi denunciado por porte ilegal de arma (afinal, o ‘réu’ (?) não tinha autorização legal para ter a arma em sua casa). Foi condenado a 1 ano de detenção. Em segundo grau, foi absolvido. É preciso dizer mais?

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem ‘subtraído’, das águas de um bucólico açude no interior do Estado do Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo ‘traíra’, avaliados em R\$ 7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furtar R\$ 10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente, por tentar furtar um par de chinelos...⁴⁵²

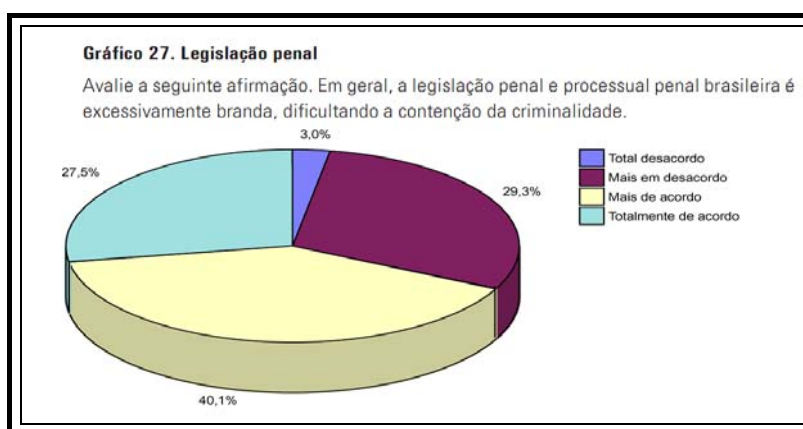
⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 65-96.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 65-96.

Ilustrativa, ainda, pesquisa de opinião efetuada junto a um dos ramos do Ministério Público brasileiro, no curso da qual seus integrantes, dentre outros aspectos, foram indagados em relação à percepção que possuíam a respeito das funções e eficácia do sistema criminal⁴⁵³.

Tendo sido realizada no ano de 2010 e sido respondida por 20% dos integrantes daquele ramo ministerial (79,1% dos quais com conclusão de bacharelado posterior à implantação do novo regime constitucional)⁴⁵⁴, a pesquisa é inovadora por ter, pela primeira vez em âmbito nacional, permitido a identificação da concepção criminal que parcela significativa de integrantes do Ministério Público possui⁴⁵⁵.

Ao lado de apreciações voltados à redução da maioria penal⁴⁵⁶, no que ora interessa, chama a atenção que a maior parte dos respondentes (67,6%) crê que a legislação penal brasileira é excessivamente branda, “dificultando a contenção da criminalidade”⁴⁵⁷, aproximando-se da percepção do senso comum (conforme pode ser verificado abaixo no Gráfico 27 – Legislação penal – supracitado por Azevedo).



Fonte: AZEVEDO, 2010, p.43

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 83-84.

⁴⁵³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

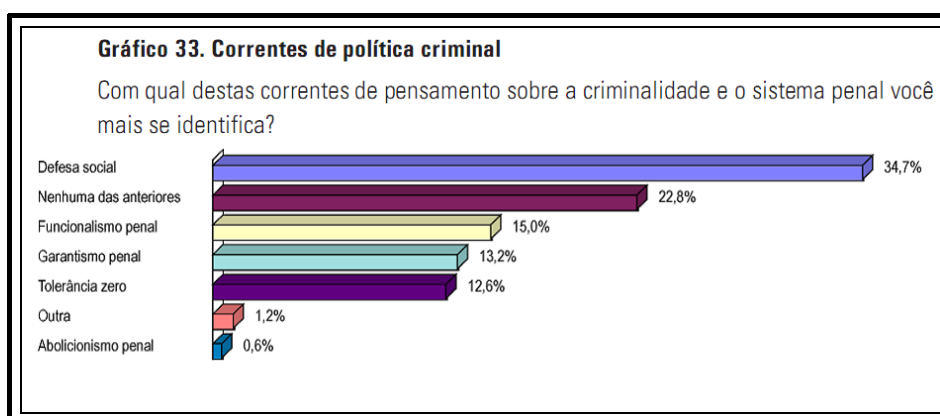
⁴⁵⁵ Segundo informações obtidas junto ao sítio eletrônico da instituição, no ano de 2010, a mesma contava com cerca de 900 integrantes, fazendo com o universo de respondentes tenha sido em torno de 180 pessoas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em <<http://www.transparencia.mpf.gov.br/gestao-e-gastos-com-pessoal/membros-e-servidores-efetivos/2010/c%20relacao%20de%20membros%20DEZ10.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

⁴⁵⁶ Neste particular, 31,7% julgam ser necessária a redução para os 16 anos, 9% para os 14 e 1,2% para os 12 anos de idade (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010, p. 42).

⁴⁵⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010, p. 43.

Neste particular, tendo sido possibilitada a apresentação de esclarecimentos pelos integrantes da instituição, colhe-se o entendimento de que “em prol do direito de defesa, cria-se na nossa legislação processual penal uma série de enredos que no afã de defender esses *tais* direitos prejudica a persecução correta do processo”⁴⁵⁸.

Ademais, ao tempo em que se lê que, por força da criminalidade, “fica difícil continuar sustentando uma fragmentação do direito penal ou do direito penal mínimo nos tempos atuais”⁴⁵⁹, não soa estranho que 34,7% dos respondentes se identifiquem com o pensamento criminológico da defesa social⁴⁶⁰ (conforme pode ser verificado no Gráfico 33 – Correntes de política criminal – supracitado por Azevedo).



Fonte: AZEVEDO, 2010, p.52

Dentre os 12,6% que se manifestaram favoráveis à *tolerância zero*, chama ainda mais a atenção trecho, igualmente colhido de um dos entrevistados, que é representativo da incompreensão não raro existente entre as duas funções ministeriais ora objeto de estudo:

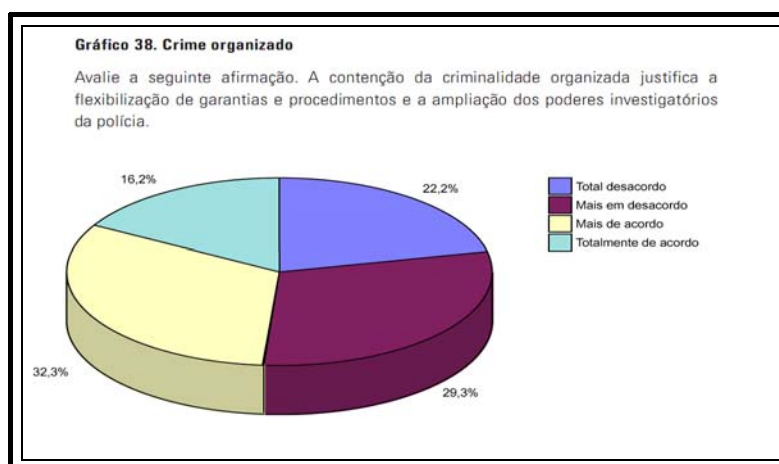
⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 46 (sem grifo no original).

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 52.

Já que passou pelo Congresso Nacional tem que ver o sol nascer quadrado, vai ver o sol nascer quadrado. Não é o Poder Judiciário que vai mudar a decisão política do legislador. Se o legislador criou uma pena e deu ao Juiz um espectro para ele negociar essa pena, ou seja, dependendo da circunstância, você aplica a pena mínima ou a pena máxima, já foi transferida uma determinada discricionariedade ao Poder Judiciário. Agora, daí a você abolir a pena ou aplicar totalmente os princípios do garantismo e ferir esse espectro que o legislador lhe deu, é ferir a independência entre os poderes. Eu acho que quem tem o poder mais legítimo que existe, em função da nossa forma de representação, é o Legislativo, que é representado pelos Deputados, pelos Senadores que nós elegemos, mal ou bem.⁴⁶¹

Preocupante, ainda, a flexibilização de direitos admitida por boa parte dos respondentes. Com efeito, em resposta à indagação relacionada ao combate ao crime organizado, verificou-se que, praticamente, metade do público pesquisado concorda e estimula referida flexibilização⁴⁶² (conforme Gráfico 38 – Crime organizado – supracitado por Azevedo em sua respectiva pesquisa).



Fonte: AZEVEDO, 2010, p.66

Coerente, a partir desta visão, que “a ampla maioria de 82% dos respondentes considere adequado analisar a periculosidade do agente e a manutenção da paz social e da ordem pública como elementos necessários”⁴⁶³ na decretação das prisões cautelares.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 66.

⁴⁶³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010, p. 72.

Por último, preocupante verificar que nada menos que 94,1% do público pesquisado avalia o *regime prisional disciplinar diferenciado*⁴⁶⁴ como “necessário em virtude da gravidade do problema da atuação das organizações criminosas no interior dos presídios”⁴⁶⁵, parecendo ignorar sua proximidade com as lições de um *direito penal do inimigo*, ao qual já se fez referência⁴⁶⁶.

Enfim, embora com um universo limitado de pesquisados, estas respostas servem para ilustrar e compreender alguns dos aspectos que Streck⁴⁶⁷, por outras vias, aferiu: que o perfil inaugurado pela Constituição de 1988 para o Ministério Público ainda esta longe de ser concretizado na sua inteireza.

Diante deste quadro, o que interessa saber é se estas percepções coadunam-se com a função de defensor do regime democrático, entregue pelo Constituinte ao Ministério Público brasileiro.

⁴⁶⁴ Em vigor desde 2003 no ordenamento brasileiro, o regime disciplinar diferenciado encontra previsão no artigo 52 da Lei n. 7.210/84, nos seguintes termos: “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol”.

⁴⁶⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010, p. 80.

⁴⁶⁶ Sobre esta proximidade, confira-se BUSATO, Paulo Cesar. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 14, p. 137-145.

⁴⁶⁷ Embora o autor tenha se lastreado no cotidiano forense dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, trata-se de cenário que igualmente é replicado em outros estados da federação brasileira, o que pode ser constatado por meio de breve pesquisa efetuada nos sítios eletrônicos de seus respectivos Tribunais de Justiça. A título de exemplo, cite-se o Processo-crime n. 619483-0, cujo recurso de apelação foi interposto perante o Tribunal de Justiça do Paraná, referente à acusação que imputou a dois réus a prática de furto qualificado pelo concurso de pessoas, por terem, em fevereiro de 2008, subtraído da calçada da residência da vítima um vaso de cimento de planta ornamental, avaliado em R\$ 120,00. Após pleito de condenação pelo Ministério Público, ao primeiro dos réus foi fixada a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão no regime semi-aberto; ao segundo, a pena de 02 anos de reclusão no regime aberto. Interposto o recurso pelo defensor, requerendo o reconhecimento da insignificância ou, ao menos, da regra do furto privilegiado, o Tribunal julgou improcedente sob o argumento de que: “ante a caracterização da qualificadora do concurso de agentes, torna-se inviável a aplicação do princípio da insignificância, impossibilitada pelo desvalor da conduta. (...) Não há que se falar, outrossim, em desclassificação da conduta para o furto privilegiado, porquanto igualmente inaplicável ao furto qualificado. (...) Cumpre mencionar que a pena foi bem fixada (...)”. É certo que a informação relacionada ao valor do bem subtraído, por si só, não pode implicar em automática aplicação do critério da insignificância. De qualquer forma, a situação é ilustrativa da fragilidade da fundamentação não raro utilizada para justificar a realização e manutenção de uma imputação. Especificamente sobre a insignificância, confira-se CARUNCHO, Alexey C.; BUSATO, Paulo C. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Síntese, nº 40, jan./mar., 2011, p. 21-38.

Não é necessário um maior aprofundamento na configuração em si desta importante função⁴⁶⁸ para, desde já, se perceber que, de fato, há equívoco na exata compreensão da própria noção de *democracia*, aspecto essencial da referida função. Ou seja, parte-se de uma concepção meramente procedimental da expressão, ignorando o quanto já se avançou nesta conquista, no sentido de associá-la às limitações dos poderes estatais, e não apenas a sua fonte ou a sua forma de exercício⁴⁶⁹.

Não por outra razão adverte Rosenmann que “los grandes problemas de la pobreza, la marginalidad, el hambre y la explotación no tendrán solución dentre de una visión procedimental de la democracia”⁴⁷⁰.

Sob o risco do reducionismo, importa, aqui, uma meção ainda que breve da diferenciação que há entre as *condições essenciais (formais e substanciais)* para o exercício válido de poder e as conseqüentes concepções de *democracia formal* e *democracia substancial* apresentadas por Ferrajoli, pois impactantes na natureza da relação existente entre *democracia política* e *Estado de Direito*.

Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, e as regras sobre *o que* se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo, e as do segundo, à estrutura dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter policamente *democrático* (ou, ao invés, monárquico, ou oligárquico, ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter *de direito* (ou, ao contrário, absoluto, ou totalitário, ou seja, mais ou menos de direito) do sistema jurídico.⁴⁷¹

As regras de *democracia política* são aquelas que disciplinam as formas de expressão da soberania popular definindo *quem* e *como* se decide e estabelecendo para tal fim competências e certos procedimentos (regras de sufrágio, princípio da maioria na formação das decisões, etc.); já as regras do *Estado de direito*, por sua vez, “garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo *o que* não se

⁴⁶⁸ Algo que, como dito, demandaria estudo individualizado, nos termos da doutrina já referida.

⁴⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, especialmente p. 688-690.

⁴⁷⁰ ROSENMAN, Marcos Roitman. **Las razones de la democracia**. Toledo: Sequitur, 1998, p. 67.

⁴⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 688-689.

deve, ou ainda, se deve decidir, e assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado”⁴⁷².

Recordando que “a limitação legal do poder soberano precede a sua fundação democrático-representativa”⁴⁷³, inclusive cronologicamente, assevera Ferrajoli que

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob estes aspectos o Estado de direito, entendido com sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.⁴⁷⁴

Por entender ser da essência da pacificação que as necessidades vitais *de todas as pessoas* sejam interesse da *maioria*, caminha o autor para uma releitura do conceito de democracia e conclui que a legitimidade do direito penal não é de cunho “‘democrática’ no sentido que não provém do consenso da maioria”⁴⁷⁵, mas garantista, por residir “nos vínculos impostos pela lei à função punitiva e à tutela dos direitos de todos”⁴⁷⁶.

Desta forma, intitula *democracia substancial* ou *social* o *Estado de direito* dotado de efetivas garantias, tanto liberais quanto sociais; bem como *democracia*

⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, especialmente p. 689. O autor faz referência, de um lado, às vedações legais de suprimir ou limitar, em casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de opinião, o direito de reunião, etc.; e, de outro, as obrigações de remover as desigualdades sociais, de promover as condições que tornem efetivo o direito ao trabalho, de assegurar a educação e a saúde, de manter e assistir as pessoas inaptas ao trabalho, etc.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 689.

⁴⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, especialmente p. 689-690. Neste particular, conclui o autor que “nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissoluvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia destes direitos vitais é condição indispensável da convivência pacífica” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, especialmente p. 690).

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 271.

⁴⁷⁶ “‘Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271).

formal ou *política* o *Estado político representativo*, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.⁴⁷⁷ Para o autor, reforça-se, a expressão *Estado de direito*

Designa, por esse motivo, não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário, administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legalidade por parte dos juízes delas separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.⁴⁷⁸

Assim, quando estabeleceu que o Ministério Público seria o defensor do regime democrático, não buscava o Constituinte tão somente resguardar a forma de governo (*quem pode e como se deve decidir*), mas protegia-se essencialmente o *conteúdo* do próprio Estado (o *que se deve ou não se deve decidir*), vinculando-o à proteção de direitos fundamentais e a sua não supressão, seja de uma minoria, seja de um único cidadão.

Até porque, foi da própria essência do processo de transição democrática expressar a busca pela igualdade nos direitos civis, políticos e sociais. Reforça Lúcia Cortes da Costa que “a democracia, se reduzida às regras de transição de governos e métodos para tomada de decisão, se esvazia do conteúdo revolucionário da luta pela igualdade entre os homens”⁴⁷⁹.

Já advertia Ruiz Vadillo, citado por Ignacio Flores Prada, que, muitas vezes, “las instituciones nacen para cumplir una misión y andando el tiempo conservan el viejo ropaje y la antigua denominación y, sin embargo, cumplen otra totalmente distinta”⁴⁸⁰.

No caso do Ministério Público brasileiro, se verifica que essa afirmação se aplica sob um duplo significado. Sob um aspecto positivo, serve para identificar que

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 694.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 688.

⁴⁷⁹ COSTA, Lucia Cortes da. **Os impasses do Estado capitalista**. Uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006, p. 142.

⁴⁸⁰ FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal em España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37.

o Ministério Público surgido na época da *ordonnance criminelle* de 1670, a partir da Constituição brasileira de 1988, assumiu um perfil distinto daquele de então, apesar de mantida “la antigua denominación”; sob o aspecto negativo, porém, serve para verificar que, embora o texto constitucional tenha trazido esse perfil diferenciado de atuação criminal, continua o Ministério Público a conservar “el viejo ropaje”, cumprindo uma função, por vezes, diversa daquela que lhe fora entregue pelo Constituinte.

Afinal, se, de início, buscava-se com a presença do Ministério Público brasileiro a existência de um órgão de representação ou de cooperação com o poder central, no texto final da Constituição de 1988 tal modelo foi em muito sufragado e, não por outra razão, reconheceu-se “à Instituição uma importância e independência jamais cogitadas nos anteriores sistemas constitucionais brasileiros”⁴⁸¹.

Assim, se as previsões de 1988, em especial o conjunto daquelas afetas à seara criminal⁴⁸², traçaram um perfil ministerial diametralmente oposto à visão do *órgão de atuação de política autoritária* que existiu na década de 60, na atualidade, não se pode admitir e aceitar que a instituição ainda não tenha se desvestido inteiramente do antigo perfil⁴⁸³, com uma atuação que, por vezes, demonstra

⁴⁸¹ Neste sentido, CASTILHO e SADEK ao ressaltarem que “a análise das mudanças e prerrogativas introduzidas pelo Constituinte de 88 em relação ao Ministério Público permite sustentar que configuram a maior novidade consagrada pela nova Constituição do ponto de vista institucional, pois nenhuma outra instituição sofreu tão profunda modificação e teve igualmente alargada a sua possibilidade de atuação (CASTILHO, Ela Wiecko de; SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil**. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1998, p. 7). Ou ainda, SAUWEN FILHO: “seja em razão de todo o movimento desencadeado pela classe (...), ou talvez apenas porque, sendo a Carta Constitucional de 1988 destinada à implantação entre nós de um regime democrático que era, no momento histórico de sua promulgação, o principal anseio de uma nação recém-saída de um longo período de autoritarismo e o fato de o Ministério Público ser um dos mecanismos mais eficientes de preservação das liberdades democráticas nas democracias nascentes, o fato é que o Constituinte de 1987/88 reconheceu à Instituição uma importância e independência jamais cogitadas nos anteriores sistemas constitucionais brasileiros” (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 188).

⁴⁸² Neste particular, faz-se referência não somente às previsões atinentes ao Ministério Público constantes na Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República de 1988 (artigos 127 a 130-A), mas essencialmente aos dispositivos contidos no seu Título II da mesma (Dos direitos e garantias fundamentais).

⁴⁸³ Na doutrina nacional, servem de exemplo desta visão institucional JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**. Perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

resquícios do *órgão de acusação* do passado, diverso do *órgão legitimado à acusação* criado⁴⁸⁴.

A indagação que fica é o porquê deste desvirtuamento, ainda que parcial? Ou seja, se o perfil normativo inaugurado na Constituição de 1988 é essencialmente de uma instituição de defesa do regime democrático, entendido, como visto, também em seu sentido substancial, por que parcela de seus membros persistiria atuando de forma a aproximar o Ministério Público de um perfil normativo que iniciou seu declínio na metade da década de 70 do século passado?

Certamente as respostas às estas indagações demandariam estudo específico que suplantariam o ora pretendido. Servem por si só, no entanto, para demonstrar um cenário de crise.

Uma crise, entretanto, que longe esta de decorrer de uma suposta incompatibilidade entre o exercício cumulado das funções de defensor do regime democrático e de persecutor penal, como inicialmente se indagava. Em absoluto.

A crise decorre da existência desta concepção diferenciada de parte dos integrantes da instituição em relação às funções do sistema criminal, mormente quando se identifica o impacto que pode e vem sendo causada na ausência de uniformidade no exercício da função criminal pelo Ministério Público.

Afinal, preceituando o artigo 127, parágrafo 1º, da Constituição ser princípio institucional aquele da “unidade”⁴⁸⁵, decorrência natural desta é entender “que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única instituição. Quando um membro do *Parquet* atua, quem na realidade esta atuando é o próprio Ministério

⁴⁸⁴ Na doutrina nacional mais moderna, esta diferenciação é tratada por Eugênio Pacelli de Oliveira: “Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é *órgão de acusação*, mas *órgão legitimado* para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade), que o *parquet* deve *necessariamente* oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto *órgão do Estado* e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas *da ordem jurídica*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 384). No mesmo sentido, MAZZILLI: “é idéia comum dos leigos que o Ministério Público constitua apenas ou basicamente o *órgão da acusação do Estado*. Essa afirmação não exprime bem a verdade; primeiro, porque somente em parte é verdadeira; em segundo, porque, mesmo na parte em que a afirmação é correta, é preciso bem compreender aquilo em que consiste a acusação penal, já que, para formulá-la, não só o Ministério Público tem total liberdade e independência funcionais (não é obrigado *a priori* a acusar), como ainda pode e deve buscar a absolvição de quem lhe pareça inocente, de forma que não é um acusador cego, gratuito ou implacável” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40).

⁴⁸⁵ “Art. 127. (...) § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Público”⁴⁸⁶. Estranha-se, assim, que um único “organismo” ora atue em conformidade com o texto constitucional atual, ora em desconformidade com ele.

Sob esta perspectiva, intitule-se crise ou não⁴⁸⁷, há evidências de sua existência.

Enfim, tal qual demonstraram os exemplos trazidos por Streck⁴⁸⁸ e pela pesquisa efetuada, conscientemente ou não, por vezes a atuação ministerial ignora a ineficiência do sistema criminal e continua a permitir que seja testemunhado o desrespeito rotineiro de direitos fundamentais.

Conforme já se ressaltou em momento anterior, a proteção dos direitos fundamentais num Estado verdadeiramente de direito (segundo concepção de Ferrajoli) só se dará com a proteção do “más débil”⁴⁸⁹. Este, porém, há de ser compreendido em seu duplo aspecto, referindo-se tanto ao “fraco” ofendido ou ameaçado pela vingança, como ao “fraco” ofendido ou ameaçado pelo delito. Ou seja, não de ser preservados os direitos fundamentais de delinquentes e de vítimas.

Cumprido, portanto, ao órgão constitucionalmente destacado para a proteção destes direitos, o Ministério Público, exercer sua atuação penal pautada nesta

⁴⁸⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 43. No dizer de Emerson Garcia, “seus membros não devem ser concebidos em sua individualidade, mas como representantes e integrantes de um só organismo, em nome do qual atua” (GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54-55).

⁴⁸⁷ Emerson Garcia evita o termo “crise”, mas alerta para a existência de uma “tensão entre os princípios da unidade e da independência funcional”. Malgrado se trate de tema que igualmente demandasse abordagem própria, é válido registrar que, para o autor, a “tensão” existe por força do modelo híbrido de instituição adotada pelo ordenamento brasileiro: “o princípio da unidade, na forma em que foi concebido e desenvolvido na França, indica que o Ministério Público, apesar de agir por intermédio de múltiplos braços, esta sujeito a um comando único, oriundo do Procurador-Geral, o qual pode atuar diretamente ou por meio dos demais agentes de grau inferior. Dessa primeira vertente, deflui o princípio da indivisibilidade, segundo o qual cada um dos seus membros apresenta a Instituição em sua integridade, pouco importando o agente que atuou. (...) Além disso, o Chefe do Ministério Público pode dar aos seus subordinados, que são apenas colaboradores, todas as ordens que julgar necessárias, terminando por fixar um dever de ação ou de omissão em um caso concreto. Vê-se, assim, que, em sua gênese, o princípio da unidade esta intimamente relacionado ao princípio da hierarquia, o qual legitima um escalonamento funcional e autoriza a fixação de diretrizes, pelos escalões superiores, aos inferiores. Daí se concluir pela sua absoluta incompatibilidade com o princípio da independência funcional, pois não se pode falar em independência onde há hierarquia. (...) Como consequência, conclui-se que, quanto maior for a independência funcional dos membros do Ministério Público, menor será a unidade da Instituição, já que *contra legem* qualquer ato que busque uma uniformização de atuação – ressalvadas as recomendações destituídas de imperatividade (GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56-57).

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 83-84.

⁴⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010, principalmente Capítulo 1, em particular p. 270.

diretriz, sob pena de estar indevidamente deixando de dar concretude ao comando em questão, verdadeira regra matriz da instituição.

Se, por um lado, os exemplos e pesquisas trazidas serviram para demonstrar que, por vezes, há incompreensão quanto aos direitos do *mais fraco ameaçado pela vingança*, por outro, nota-se um absoluto desconhecimento e desprestígio do papel que o *mais fraco ofendido ou ameaçado pelo delito* há muito (não) vem tendo no curso da persecução penal.

Enfim, certamente a abordagem, a partir daqui, poderia em muito ser ampliada o que, uma vez mais, fugiria aos propósitos pretendidos.

De qualquer forma, enxergar uma atuação ministerial, sob este viés, preocupada com uma mera quantificação⁴⁹⁰ e despreocupada com o fenômeno criminal em si, omitindo-se por vezes em perceber as consequências que advirão a partir de tal fenômeno (seja no tocante ao ingresso (ou permanência) do desviante no sistema criminal⁴⁹¹, seja no tocante ao alijamento da vítima do curso apuratório) é, certamente, afronta à função de defensor do regime democrático, em seu sentido substancial ora tratado.

Sob o manto de estar-se agindo de acordo *com a lei e a sua consciência*⁴⁹², crê-se num parco discurso de ressocialização que há muito vem sendo contestado⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Embora não se desconheça a amplitude do tema afeto aos critérios de metologia voltados a aferir a eficiência na atuação criminal do Ministério Público, estatísticas recentemente publicadas servem para ilustrar que, não raro, as conclusões são precipitadas. Neste sentido, tome-se de exemplo conclusão lançada no Relatório-Diagnóstico 2002-2010 do Ministério Público do Estado de São Paulo em relação à atuação institucional em julgamentos de crimes dolosos contra a vida afetos ao Tribunal do Júri, onde se lê que “o Ministério Público paulista, através de seus Membros que atuam perante o Tribunal do Júri tem demonstrado eficiência, haja vista que, em média, 72% das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário estão em conformidade com a posição defendida pelos Promotores de Justiça”. Parte-se, assim, da precipitada conclusão de que, em todas as sentenças a que faz referência, o posicionamento ministerial estaria isento de vícios; ignora-se, ainda, que, não raro, o próprio Ministério Público pode ter postulado a sentença absolutória em algumas das demais sentenças (Ministério Público do Estado de São Paulo. **Relatório-Diagnóstico 2002-2010**. São Paulo, 2011, p. 46. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2011/RelDiag2011novo.html>. Acesso em 17 maio 2011).

⁴⁹¹ Reporta-se, aqui, uma vez mais, à indagação a respeito do regime disciplinar diferenciado e seu expressivo resultado (94,1%) referido há pouco (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 80).

⁴⁹² “A independência funcional, segundo entendo, importa em que os seus membros possam manifestar-se livremente, apenas submetendo-se ‘a sua consciência e aos limites imperativos da lei’” (Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, nº 147, jan./mar., 1994, p. 142).

Ignora-se que nem sempre a legislação criminal que persiste *em vigor* o esta de forma *válida*, no sentido empregado por Ferrajoli⁴⁹⁴, mantendo um ciclo vicioso acrítico que, invariavelmente, limita-se a incrementar a massa dos *bons candidatos*, a que faz referência Zaffaroni⁴⁹⁵.

Fomenta-se, enfim, a manutenção de um sistema criminal que, historicamente, tem buscado tão somente *punir os pobres*, conforme denúncia impactante do título da obra de Wacquant⁴⁹⁶, e por que não, *ignorar as vítimas*.

⁴⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁴⁹⁴ “Chamarei de ‘vigência’ a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*; e limitarei o uso da palavra ‘validade’ à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos. (...) Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio da mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 290-291).

⁴⁹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 245-246.

⁴⁹⁶ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva)**. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. No mesmo sentido, é a conclusão que chega Luiz Flávio Gomes ao apreciar o levantamento de dados apresentado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo no Relatório-Diagnóstico 2002-2010 a que se fez referência: “no tocante às denúncias por tipo penal, o delito mais denunciado foi o furto (177.454 denúncias de 2004 a 2009). O segundo colocado foi o roubo (113.413), na seqüência vem o crime de tráfico de entorpecentes (95.932), arma (57.417), estelionato (43.996), uso de entorpecentes (38.636), homicídios dolosos (26.309), estupro (19.214) e outros (12.645). A categoria ‘outros’ significa um pouco mais que 1%. Uma pequena parcela desse minguado número retrata os crimes das estruturas econômico-financeiras, políticas, empresariais etc. A conclusão é simples: a grande criminalidade não faz parte das preocupações dos MPs estaduais, que, servos do inquérito policial, não conseguem superar a seletividade da Polícia Civil e Militar contra os crimes dos miseráveis” (GOMES, Luiz Flávio. **MPs perseguem os miseráveis e um pouco da violência**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/coluna-lfg-mps-perseguem-miseraveis-violencia>>. Acesso em 17.maio.2011).

3.2 A ATUAÇÃO EXTRAPENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO EM PROL DE UMA “TRANSFORMAÇÃO SOCIAL” ATRAVÉS DA PREVENÇÃO CRIMINAL: O INÍCIO DA CAMINHADA

Se o cenário afeto à tradicional atuação penal vem demandando dificuldades que demonstram, conforme Streck, uma “baixa compreensão do sentido constitucional”⁴⁹⁷, melhor quadro não se vê ao analisar a atuação extrapenal afeta ao Ministério Público, especialmente se considerada a pretensão de enfrentamento do fenômeno criminal de modo a fortalecer o caráter subsidiário da atuação penal.

De fato, promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, dispôs a redação final do artigo 127 que o Ministério Público brasileiro assumiria a condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴⁹⁸.

Tal qual restou analisado, essa nova configuração em muito difere do modelo institucional até então em vigor. De *órgão de cooperação com as atividades governamentais*, assumiu o Ministério Público a condição e, segundo expressão da doutrina mais moderna⁴⁹⁹, de *agente de transformação social*.

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008, p. 65-96.

⁴⁹⁸ “‘Instituição’ no sentido de estrutura organizada para a realização de fins sociais do Estado. ‘Permanente’, porquanto as necessidades básicas das quais derivam as suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado (Estado Democrático de Direito – Constituição, art. 1º). ‘Essencial à função jurisdicional do Estado’, de vez que a atuação forçada da norma abstrata ao fato concreto, quando envolver interesse público, deve sempre objetivar a realização dos valores fundamentais da sociedade, razão pela qual a atuação do Ministério Público se faz sempre necessária. A ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ caracteriza a Instituição como verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício de suas atribuições, judiciais ou extrajudiciais, visa, em essência, ao respeito aos fundamentos de modelo social pretendido (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político – Constituição, art. 1º) e à promoção dos objetivos fundamentais do País (construção de uma sociedade livre justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação – Constituição, art. 3º)” (GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes*. In: ALVES, Aírton Buzzo, RUFINO, Almir Gasquez e SILVA, José Antonio Franco da (org.). **Funções Institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 312-313).

⁴⁹⁹ “O papel do Ministério Público, como agente de transformação social, esta diretamente relacionado, portanto, à implementação dos princípios e valores insertos no texto constitucional, sendo o *Parquet* o defensor direto dos interesses de relevância social (sejam eles coletivos, difusos ou individuais homogêneos imbuídos de interesse social)” (JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**. Perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28).

Com lastro nesta concepção passou a ser comum adjetivar-se a instituição fazendo uso da expressão *Ministério Público Social* de modo a vinculá-la a um órgão estatal com especial aproximação da sociedade com atuação em prol de seus interesses.

Com efeito, embora não esteja prevista em qualquer ato normativo federal, tal nomenclatura busca dar nome a uma série de atribuições ministeriais, eminentemente extrajudiciais, em que haveria uma aproximação imediata entre o Ministério Público e a sociedade. A expressão, porém, longe esta de ser nova. Já na primeira metade do século passado, Roberto Lyra fazia uso da mesma em sentido bastante similar ao atual: “um Ministério Público Social promoverá a justiça social, cuidará dele e não só de uma justiça pública, estatal, oficial”, escreveu então⁵⁰⁰.

Há de se perceber que, se até aqui tinham especial interesse as características da instituição de *órgão estatal individualizado*, possuidor de *funções processuais acusatórias*, a partir deste ponto da pesquisa importará as demais características referidas (item 1.1). Faz-se menção, mais especificamente, à condição de órgão que tem, dentre seus objetivos fundamentais, “a defesa da legalidade e dos interesses gerais”, dotado de “atribuições de natureza extrapenal”, potencialmente indutoras de uma transformação social, conforme se tornou corriqueiro afirmar.

Os textos legais, tanto a Constituição como legislações infra-constitucionais, propiciaram que o Ministério Público se convertesse em uma instituição fundamental do sistema de Justiça, cabendo-lhe papel relevante no controle das demais instituições e na defesa da cidadania. Em decorrência, a instituição tornou-se co-responsável por políticas públicas e agente de inclusão social.⁵⁰¹

Fato é que a alteração foi substancial e por envolver o perfil da instituição, a evidência, não poderia ser imediatamente absorvida pelos seus integrantes e, especialmente pela sociedade, a principal interessada. Até porque, se meras

⁵⁰⁰ LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937. Atente-se, de qualquer forma, que seria precipitado o estabelecimento de um antagonismo entre esta terminologia com a de *Ministério Público Criminal* (relacionada à atuação efetuada pelo referido órgão no curso da persecução criminal, envolvendo todas as etapas vivenciadas desde o cometimento de um delito até a aplicação da respectiva sanção penal), sob pena de se aceitar que toda e qualquer atuação ministerial de natureza criminal não traz benefícios sociais (RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. *Justitia*. São Paulo, v. 63, abr./jun. 2001, p. 55).

⁵⁰¹ SADEK, Maria Tereza Aina. *Ministério Público dos Estados: uma caracterização*. In BRASIL, Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 15).

alterações legislativas, por si só, já são de difícil absorção e *harmonização*⁵⁰², a situação do Ministério Público a partir de 1988 se mostra ainda mais complexa, haja vista a mudança no modelo institucional.

Com efeito, conforme já se procurou pautar, o ponto crucial que diferencia o Ministério Público brasileiro de instituições similares existentes em outros ordenamentos é sua maior aproximação com o tecido social⁵⁰³.

Tal peculiaridade, porém, se por um lado pode servir como um lema institucional que lhe daria legitimidade para as mais amplas atuações, por outro faz com que haja um compromisso de efetivamente dar concretude integral ao novo perfil.

Isto porque, antes de mera aproximação mediata, no âmbito brasileiro, há uma clara percepção de que foi do interesse da normativa constitucional positivar uma instituição estatal voltada à representação dos interesses sociais. Faz-se, uma vez mais, referência à conjuntura histórica na qual o atual Ministério Público brasileiro foi gestado, conforme anterior abordagem (item 1.2).

Em complemento, cumpre apenas ressaltar que, na conjuntura de então, ainda se tinha muito presente a concepção de Estado social, conforme precisa abordagem de Lúcia Cortes da Costa:

⁵⁰² A efetiva harmonização entre a demanda social, a alteração normativa e a solução de um problema é algo paulatino, cuja complexidade na seara criminal não passou despercebida por QUINTERO OLIVARES, para quem: “la solución a um problema social puede pasar o no pasar por la intervención del derecho penal, pero si se decide – sin entrar en las razones de la decisión – que esa intervención es necesaria y conveniente, nada estará más alejado de la realidad que suponer que la eficacia o vigencia material de esa ley, esto es, su influencia en la conducta de personas o de grupos, se producirá milagrosamente el día después de su aparición el Boletín Oficial del Estado. Por lo tanto hay que relativizar la validez de la relación entre la demanda social (si así se percibe), la modificación legislativa y la solución de um problema” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte General del Derecho Penal**. 4.ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 238-239).

⁵⁰³ Embora haja diversos escritos sob este aspecto, a maior parte apenas tangencia esta relação. De qualquer forma, cumpre citar: ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 317-338; SOUTO, Marcos Juruena Villela. A era do consensualismo e o Ministério Público In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010, p. 286-304; JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Quiçá a abordagem que mais se aproxima é a de Luiz Roberto Saraiva Salgado: “mais do que a vontade de cada fragmento que compõe a inteligência conjunta, deve prevalecer a vontade da própria instituição como um todo, que por sua vez deve retratar o mais fielmente possível a vontade da sociedade na solução do caso concreto, sintonizada com a Constituição e as leis aplicáveis” (SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. **Demolindo mitos e construindo pontes**. Ministério Público. Nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: Edição do autor, 2011, p. 19).

A Constituição Federal nasceu num contexto histórico muito peculiar, pois, enquanto na Europa e nos Estados Unidos a luta pelo desmantelamento do Estado do Bem-estar Social seguia sua marcha, no Brasil lutávamos por empreender uma mudança no Estado com ênfase na proposta de municipalização, com a descentralização do poder e a criação de direitos sociais, inclusive com a aprovação da Assistência Social como uma política pública, inserida no conceito de seguridade social.⁵⁰⁴

Este cenário de modelo de Estado social, bem se sabe, repercutiu em todas as searas, numa busca pela implantação de políticas públicas de inclusão sem precedentes. Era a *sociedade inclusiva* referida por Jock Young⁵⁰⁵.

Uma conjuntura desta natureza implicou, essencialmente, na previsão e, principalmente, no desejo de dar concretude a direitos sociais de toda ordem.

Ocorre que a conjuntura que pretendia sustentar aquela estrutura não tardou a demonstrar sinais de esgotamento⁵⁰⁶. A partir daí, o que se assiste é a ausência de rumo nos mais diversos setores. A bússola sem rumo, é a expressão do mesmo Young⁵⁰⁷.

No que ora interessa, se assiste a fragmentação do Estado-nação e com ela o desmoronar de toda uma estrutura que demanda reordenação.

É nesta encruzilhada que adveio o novo perfil do Ministério Público brasileiro na seara extrapenal. Até então limitado à função de *fiscal da lei*, ou seja, limitado a demandas de partes perfeitamente identificáveis, o órgão assume a função de defensor dos interesses difusos, postulando concretude aos direitos sociais. Os instrumentos foram dados e, conforme referido (artigo 129 da Constituição), são dos mais variados graus.

⁵⁰⁴ COSTA, Lucia Cortes da. **Os impasses do Estado capitalista**. Uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006, p. 148. Ilustrativo identificar que, no âmbito criminal, este modelo estatal se faria acompanhar de axiomas que, até a atualidade, persistiriam gerando reflexos. Faz-se referência, por primeiro, à *reforma social*, como um instrumento apto a reduzir a criminalidade; por segundo, à concepção de se o Estado responsável tanto pelo controle como pelo castigo dos infratores, tratando-o não somente como *culpável*, senão também como *necessitado* (BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 22-23).

⁵⁰⁵ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, especialmente Cap. I. "Na visão dos 'anos dourados', os setores gêmeos da sociedade, o trabalho e a família, se encaixavam como num sonho funcionalista (...). Os comentadores sociais da época não se queixavam de criminalidade e delinquência, mas de conformidade e aceitação (...). Um contrato social deste tipo se baseia na noção de uma cidadania não apenas de direitos formais, mas de incorporação substantiva à sociedade" (*ibidem*, p. 18-19).

⁵⁰⁶ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, especialmente Cap. I.

⁵⁰⁷ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.16-18.

O desejo do Constituinte é bastante claro, sob este viés, legitimar um órgão estatal para postular em nome da sociedade. Personagens que necessariamente demandam aproximação⁵⁰⁸.

Ocorre que, se a modificação conjuntural a que se fez referência, por si só, já demandaria elevado esforço de reordenação e reorganização das funções ministeriais, piora o quadro identificar que a premissa da qual partiu o Constituinte ainda esta longe de ser válida.

De fato, muito embora devesse ter havido aproximação da instituição à sociedade, forçoso reconhecer que, na maior parte das vezes, não é o que vem sendo presenciado, numa ilusão de duas vias: o dito representante (Ministério Público) persiste ignorando as demandas da representada (sociedade) que, por sua vez, desconhece a figura e as atribuições do seu representante⁵⁰⁹.

Preocupa identificar que o conhecimento da realidade social em que atua, para parte dos integrantes do Ministério Público, é algo irrelevante e de menor importância, demonstrando assim:

[...] uma falta constante de correspondência entre as instituições formais do país e sua realidade social e econômica agudamente apontada por Oliveira Viana, para quem a elite política brasileira, nos anos 20, estava ainda 'nesta fase da filosofia política em que o Estado é concebido como uma estrutura estranha à sociedade'.⁵¹⁰

Neste particular, embora não exista até a atualidade uma pesquisa interna voltada a aferir especificamente como os integrantes do Ministério Público encaram

⁵⁰⁸ Reiteradamente se afirma que o Ministério Público é o *defensor da sociedade*. Neste sentido, enfatizou o Ministro Celso de Mello que, a partir do perfil político-constitucional e das funções que lhe foram delineadas pela Constituição da República de 1988, "o Ministério Público tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do povo" (STF – MS 21.239-DF, RTJ 147/161). Ainda durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte do atual texto, quando em discussão o capítulo do Ministério Público, já ressaltava Plínio de Arruda Sampaio, em trecho resgatado por Luciano Feldens: "(...) um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir criminosos: estamos dando-lhe também a atribuição de defender a sociedade como um todo. Defender quem não tem quem o defenda" (ANAIS da Assembléia Nacional Constituinte – Volume 16, p. 9.293 *apud* FELDENS, Luciano. *Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e Desafios*. In PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 321-342).

⁵⁰⁹ SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. **Demolindo mitos e construindo pontes**. Ministério Público. Nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: Edição do autor, 2011, especialmente Cap. II.

⁵¹⁰ SCHWRTZAN, Simon. **Bases do Autoritarismo Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Publitz Soluções Editoriais, 2007, p. 49

este perfil mais próximo do corpo social⁵¹¹, ou até mesmo qual o grau de conhecimento da sociedade pelos mesmos, um “Diagnóstico do Ministério Público dos Estados”, levado a cabo pelo Ministério da Justiça no ano de 2006, trouxe alguns dados que permitem visualizar não ser pacífico o entendimento de que os integrantes da instituição devem não apenas conhecer a realidade social na qual estão inseridos, mas ter a sociedade como a principal receptora e fonte primária de suas atividades⁵¹².

De fato, muito embora a aproximação do Ministério Público com a sociedade seja uma decorrência do perfil outorgado pela Constituição, na verificação da utilização do instrumento que melhor representa esta aproximação – a audiência pública⁵¹³ –, o que se percebeu foi que somente 39,3% dos respondentes disseram fazer uso do mesmo de forma “muito frequente”, “frequente” ou “às vezes”⁵¹⁴. Ou seja, a maioria ainda não enxerga o potencial de legitimação social contido em tal instrumento. E isto, advirta-se, na seara que melhor representa o novo perfil constitucional da instituição, que é a da defesa dos interesses de natureza difusa e coletiva. Conforme ilustrado na tabela supracitada na sequência pelo autor em sua pesquisa ora consultada.

⁵¹¹ Neste particular, digna de registro a iniciativa do Ministério da Justiça que, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário, vinha realizando no 1º semestre de 2011 colheita de questionário voltado a subsidiar o II Diagnóstico do Ministério Público. Dentre as 255 perguntas lançadas constam algumas diretamente voltadas a aferir se, na atualidade, a aproximação do Ministério Público à sociedade é algo que a instituição tem por relevante e tem buscado realizar. Embora ainda em fase de colheita, cita-se que, dentre referidas perguntas, constava: a) a de nº 82, sobre o grau de satisfação quanto a efetividade dos resultados alcançados para a sociedade; b) a de nº 162, sobre a avaliação do desempenho da instituição em relação aos mecanismos de relacionamento com a população; c) a de nº 211, a respeito da opinião no tocante ao Ministério Público agir como indutor de políticas públicas; d) a de nº 230, a respeito da pertinência de serem levadas em conta “as necessidades apontadas pela sociedade” quando da definição das prioridades pela instituição; e) a de nº 242, a respeito do uso de indicadores sociais no ajuizamento de ações coletivas visando transformar a realidade social; e f) a de nº 243, indagando a respeito do fornecimento de dados sociais da cidade de atuação pela Administração Superior da instituição.

⁵¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006. Feita por amostragem, a pesquisa em questão lastreou-se em 3.260 respostas de 11.860 questionários então encaminhados a todos os membros do Ministério Público dos Estados do país. Um equivalente a 27,5% do total, mas que por si só já é demonstrativo da diversidade de compreensão do que efetivamente representou a Constituição da República de 1988 para a instituição.

⁵¹³ Dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93): “Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: (...) Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

⁵¹⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 94.

Tabela 59: Integrantes por necessidade de audiência pública, em direitos difusos, por região, em %.

	REGIÃO					Total
	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	C-Oeste	
Muito freqüente	7,3	11,9	6,6	4,7	5,5	7,7
Freqüente	8,3	19,6	6,9	10,3	11,1	12,0
Às vezes	21,9	24,8	15,5	18,8	17,9	19,6
Raramente	12,5	9,6	9,9	13,2	9,4	10,5
Nunca	2,1	1,6	6,0	3,2	2,6	3,5
NSA	47,9	32,5	55,1	49,8	53,4	46,6

Fonte: SRJ, 2006

Referido diagnóstico deu mostras, ainda, de um preocupante quadro da alienação institucional, pois, embora a expressiva maioria dos respondentes, integrantes da instituição, tenha a percepção de que possuem “muito bons” ou “bons” meios de se relacionarem com a sociedade⁵¹⁵, em outra pesquisa realizada em período próximo foi possível constatar que a instituição ainda é extremamente desconhecida pela sociedade⁵¹⁶.

No que toca ao aspecto criminal, há certos dados que, igualmente, chamam a atenção. Com efeito, realizada uma avaliação de desempenho na área criminal, 72,7% dos respondentes consideraram como positiva a atuação ministerial, sendo que tão-só 4,3% a consideraram “ruim” ou “péssima”⁵¹⁷.

Diante dos diversos problemas que vêm sendo enfrentados pelas agências de controle social, formal e informal, no trato com o fenômeno criminal, tal qual visto anteriormente (Cap. 2), preocupa enxergar que para a expressiva maioria dos integrantes do Ministério Público a atuação na área criminal possa ser tida como inteiramente “positiva”⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Nos termos do Diagnóstico Ministério Público dos Estados, ao ver dos integrantes da instituição, “os mecanismos de relacionamento com a população recebem avaliação positiva de mais da metade dos entrevistados (57,9%)”, sendo que 17% julgaram que tais mecanismos são “muito bons” e 40,9% entenderam que são “bons” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 102-104).

⁵¹⁶ Conforme referido, pesquisa de opinião levada a cabo no ano de 2004, por meio de um critério de amostragem, identificou que 43% do público-alvo pesquisado só conhecia o Ministério Público propriamente dito de “ouvir falar” e apenas ínfimos 6% dos entrevistados afirmaram o “conhecer bem” (CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p. 64.)

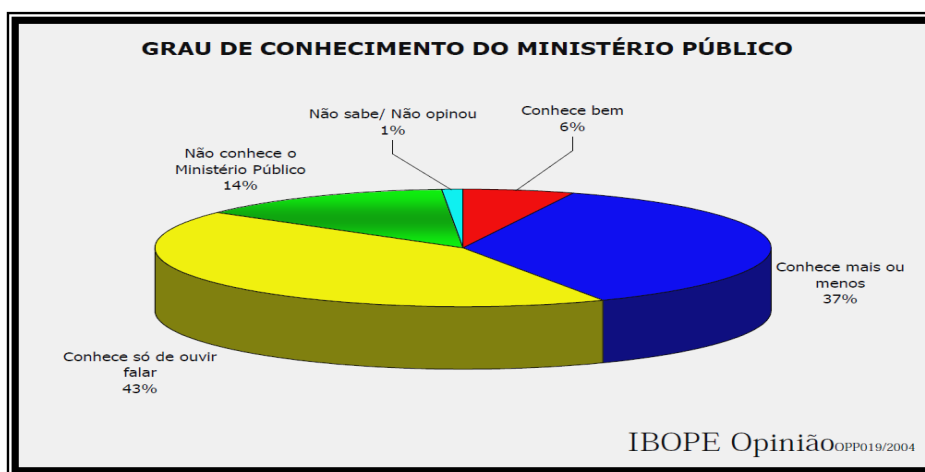
⁵¹⁷ Nos termos do Diagnóstico, ao ver dos respondentes: 22,8% avaliam como “muito boa” a atuação; 49,9% como “boa”; 21,1% como “regular”; 3,5% como “ruim”; e 0,8% como “péssima” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 102).

⁵¹⁸ Uma vez mais, também em relação ao Diagnóstico Ministério Público dos Estados, identificou-se que a expressiva maioria dos respondentes ingressou na instituição depois da vigência da Constituição de 1988. Distinguindo-se os entrevistados por tempo de atuação no Ministério Público

No outro extremo, isto é, ao aferir-se a percepção que a sociedade possui da instituição, não se encontra melhor cenário.

De fato, embora não se desconheça a imprescindibilidade de estudos de maior envergadura, desde já pode ser sinalizado que há, sim, um expressivo desconhecimento da sociedade em relação ao Ministério Público.

Neste particular, interessa especificamente a análise de pesquisa de opinião realizada pelo IBOPE, entre os dias 7 e 11 de fevereiro de 2004, conforme ilustrado no Gráfico de Grau de conhecimento do Ministério Público, sobre a qual se fez referência há pouco⁵¹⁹.



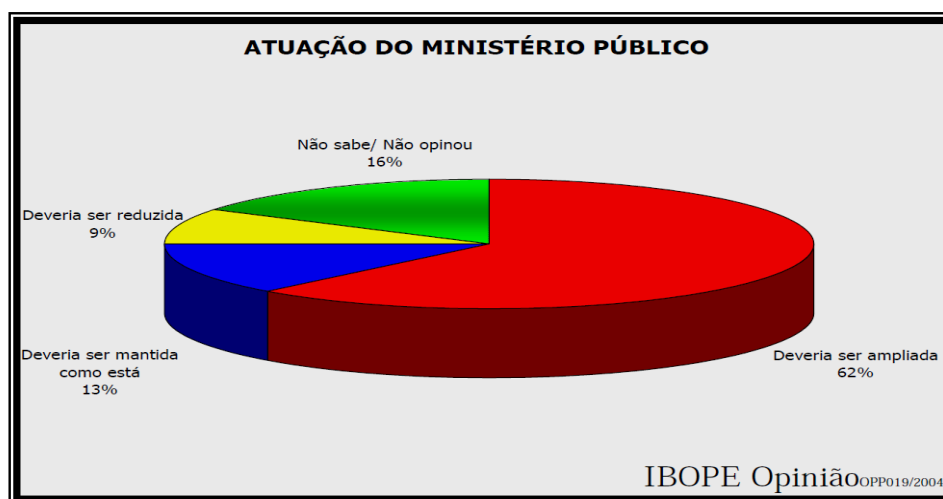
Pois bem. Uma primeira conclusão que pode ser retirada deste dado é que o Ministério Público longe esta de ser o “representante da sociedade”, como costuma se autodenominar. Seria, quando muito, o “representante” tão somente de uma ínfima parcela desta (6%), conforme uma análise imediata do dado obtido.

O que mais chama atenção, porém, é o confronto que pode ser feito deste primeiro dado com um segundo obtido. De fato, tal exercício traz um paradoxo por reconhecer que, a partir dele, muito embora a real finalidade da instituição seja

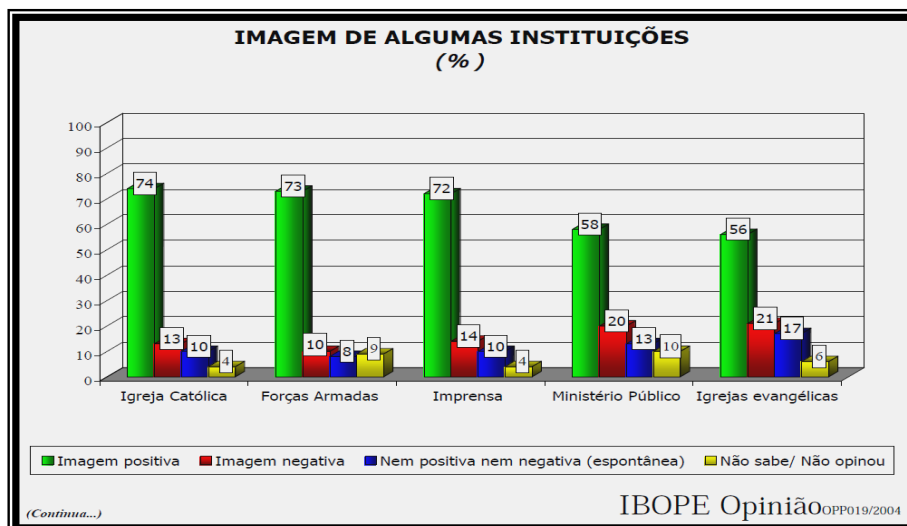
obteve-se a seguinte distribuição: 26,1% ingressaram até 1988; 25,6% entre 1989 e 1994; 27,0% de 1995 a 2000; 21,3% de 2001 até hoje (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006, p. 89).

⁵¹⁹ CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p.64. Dentre outros números, restou indicado que 43% dos entrevistados conheciam o Ministério Público “só de ouvir falar”, sendo que apenas ínfimos 6% afirmaram o “conhecer bem”.

desconhecida por boa parte dos entrevistados, conforme se pode visualizar através do Gráfico abaixo de autoria do IBOPE Opinião que ilustra um percentual de (43% + 14%), a maciça maioria dos mesmos não só aprova a atuação do Ministério Público (75%), como entende que ela deve ser ampliada (62%). Em outro dizer, embora a sociedade praticamente desconheça a instituição, entende que ela deve ter sua atuação ampliada.

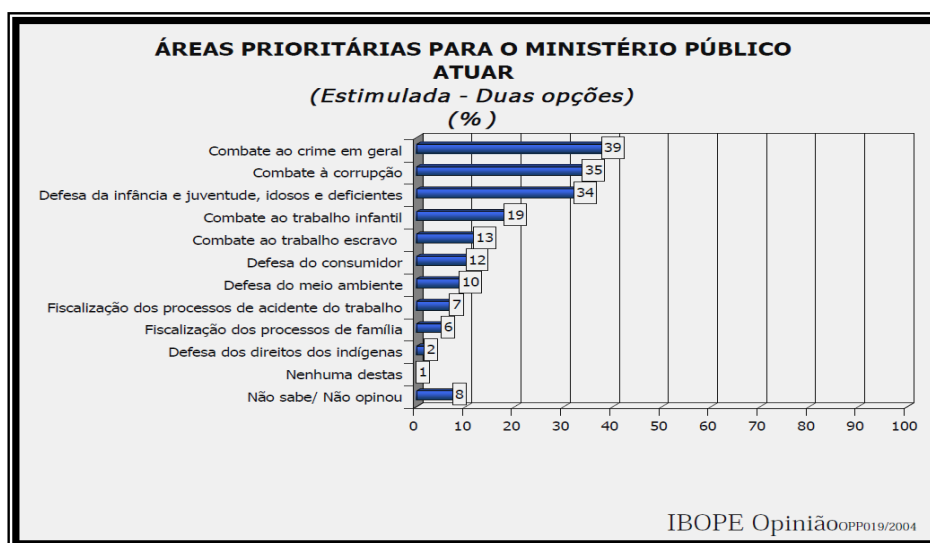


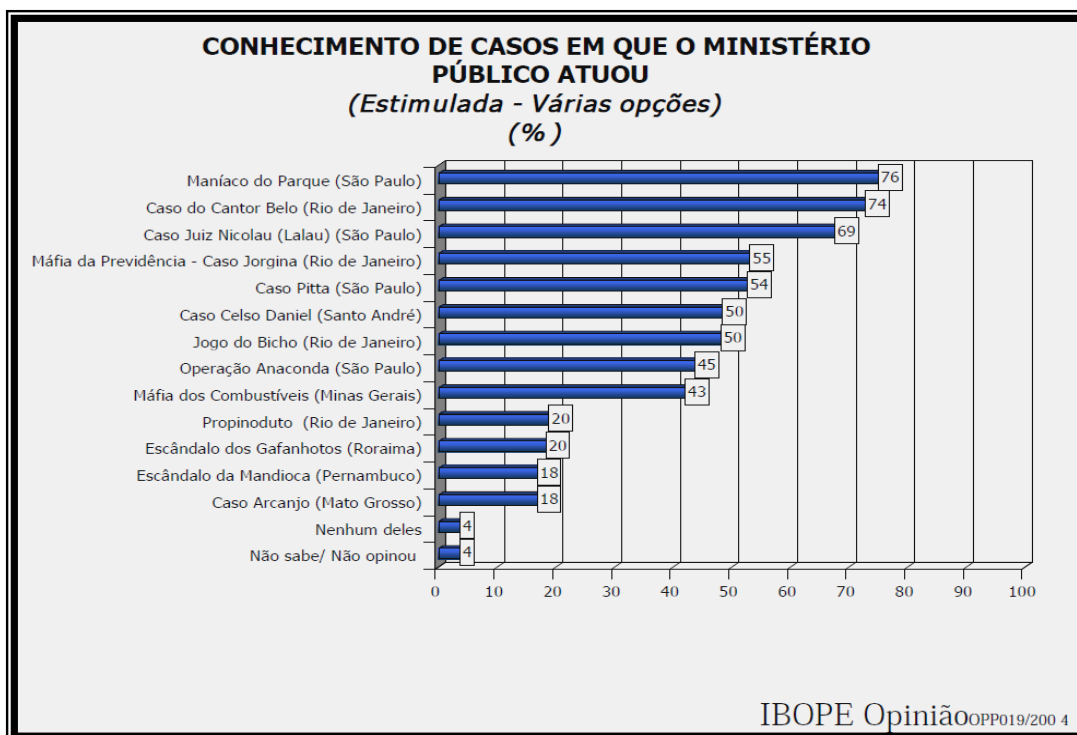
De qualquer forma, em consonância com o Gráfico de autoria do IBOPE Opinião, conforme pode ser verificado na sequência, embora desconhecida na essência por 57% dos entrevistados, de uma maneira aparentemente contraditória, 58% dos mesmos entrevistados têm uma imagem positiva da instituição.



Talvez um indicativo da razão destas contradições atingidas possa ser localizado pela análise de um novo dado. Faz-se alusão à identidade que a instituição tem perante os entrevistados.

Explica-se. Muito embora desde 1988 a Constituição tenha dotado o Ministério Público de legitimidade para tutelar coletivamente os mais diversos interesses de natureza difusa (v.g., interesse relacionado ao consumidor, ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural e artístico, à área sanitária), persiste a instituição sendo vista pela sociedade tão somente como órgão vinculado a uma atuação de natureza criminal, tal qual ocorrera desde a origem do Ministério Público. (Conforme ilustrado pelos Gráficos de autoria do IBOPE Opinião).





De fato, sendo de notório conhecimento o elevado grau de sensação de insegurança que vigora no seio social atual⁵²⁰, parece compreensível que a sociedade, enxergando equivocadamente o Ministério Público como órgão vinculado quase que exclusivamente à defesa da segurança pública, almeje a maior ampliação possível das suas atribuições, acreditando que assim esta sensação de insegurança será, de alguma forma, diminuída.

Há de se ressaltar que, muito embora realizada por amostragem, tal pesquisa envolveu duas mil entrevistas realizadas em 145 municípios das cinco regiões do país, apresentando um intervalo de confiança estimado em 95% e margem de erro máxima de 2,2 pontos percentuais para mais ou para menos sobre os resultados encontrados no total da amostra⁵²¹.

Tudo a reforçar, portanto, o quão desconhecida é a instituição para o público nacional pesquisado, que a enxerga invariavelmente atrelada tão somente a sua atuação de natureza penal. Longe de ser reconhecida, portanto, como um instrumento trazido pela Constituição da República de 1988 na proteção de seus direitos fundamentais.

⁵²⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007, Item II.4.

O que se conclui, a partir daí, é o quão exagerada e precipitada se mostra a pretensão do Ministério Público de servir como agente indutor de transformação social, seja para fins de enfrentamento do fenômeno criminal, seja para qualquer outra finalidade.

Propalar referida pretensão sem que haja um maior estreitamento e reciprocidade de compreensão entre ambas as partes envolvidas é ignorar premissa básica da equação, que, desta forma, certamente não obterá resultados positivos.

⁵²¹ CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004**. Rio de Janeiro, 2004, p. VII.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da pesquisa, acredita-se que as pretensões inicialmente traçadas restaram devidamente atingidas.

Num primeiro momento, pretendeu-se demonstrar, através de uma análise histórica, o perfil de atuação do Ministério Público em relação ao fenômeno criminal. Para tanto, procurou-se aferir onde deitam as raízes da instituição, conforme as características delimitadoras traçadas.

De forma proposital, pretendeu-se que tais características servissem de bases a partir das quais a instituição ministerial brasileira pudesse ser identificada de forma diversa daquelas existentes em outros ordenamentos jurídicos.

Tudo de modo a reforçar o perfil diferenciado traçado pela Constituição da República de 1988, dotando-a de atuações afetas à tradicional seara criminal, porém, inaugurando um perfil de atuação extrapenal inexistente até então.

Na sequência, a partir de um aporte criminológico, buscou-se identificar em que medida o Ministério Público pode ser visto como uma instituição responsável pelo controle social formal e, principalmente, qual seria o seu papel diante da coexistência de diversas correntes e modelos criminológicos.

Analisando os modelos mais radicais, guardou-se especial atenção à abordagem da criminologia pós-crítica, exatamente por força da conjuntura atual na qual a instituição ministerial se encontra inserida.

Devidamente realizada a apresentação e contextualização da instituição como uma das agências responsáveis pelo trato do fenômeno criminal, restaram enfrentados dois últimos aspectos: um a título interrogativo, outro a título propositivo.

Num primeiro momento, aferiu-se a compatibilidade entre as funções de defensor do regime democrático e persecutor penal. Ambas entregues ao Ministério Público brasileiro.

Por fim, enfrentou-se a intitulada figura do Ministério Público como agente indutor de transformação social. Dada a amplitude do tema, a proposta foi no sentido de dar um passo atrás, no sentido de identificar que, para um tal objetivo, muito ainda há a ser feito, um longo caminho a ser percorrido para a aproximação do Ministério Público brasileiro com a sociedade que pretende representar.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANAIS da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília, Volume 16, p. 9-293.
- ANITUA, Gabriel Inácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli; CARDOSO, Tiago. *Criminalização e controle social*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuicio, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPAL, 2010.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: ESMPU, 2010.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.
- BARBATO JR., José. Direito, sociologia e ficção: O controle social e os comportamentos desviantes. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 14, 2004.
- BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 2010.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização. As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Libertad**. Buenos Aires: Losada, 2007.
- BELLO, Enzo. **Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BERCLAZ, Márcio S.; MOURA, Millen C.M. Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. In: CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e terra, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSATO, Paulo César. **O papel do Ministério Público no futuro do Direito Penal brasileiro**. Disponível em: <<http://advocacia.pasold.adv.br>>. Acesso em 05 jan 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CARUNCHO, Alexey Choi. Reflexos constitucionais na intervenção criminal do Ministério Público brasileiro. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba: Centro Universitário Franciscano do Paraná, v.1, nº 1, jul./dez., 2009.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTILHO, Ela Wiecko de; SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil**. São Paulo: Idesp/Sumaré, 1998.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil** – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004. Rio de Janeiro, 2004.

CONGRESSO. Migranti non criminali. Argomenti e testimonianze contro la criminalizzazione dell'immigrazione Roma/Itália, em 11 de junho de 2009. Disponível em: <www.radioradicale.it>. Acesso em: 20 de dez.2010.

CONGRESSO. 1ª Edizione del Festival del Diritto - L'illusione della sicurezza, Piacenza/Itália, em 26 de setembro de 2008. Disponível em: <www.radioradicale.it>. Acesso em: 20 dez. 2010.

CONGRESSO. Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali, Roma/Itália, 19 de novembro de 2010. Disponível em <www.radioradicale.it>. Acesso em: 20 dez. 2010.

COSTA, Lucia Cortes da. **Os impasses do Estado capitalista**. Uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Atuação extrajudicial do Ministério Público: dever ou faculdade de agir? In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, Pedro. Rio soma 60 mil homicídios a esclarecer em 10 anos. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2011.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEL PERCIO, Enrique. *Seguridad sustentable: más allá (o más acá) del crimen y el castigo*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuicio, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPPAL, 2010.

DEL PERCIO, Enrique. *De redes, troncos y rizomas*. In Enrique Del Percio (Coord.). **Prejuicio, crimen y castigo**. Buenos Aires: Sudamericana, COPPPAL, 2010.

DIAS, Mario. *Ministério Público Brasileiro (instituição, atribuições, processo)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

ELIAS, Norbert. **Los Alemanes**. Buenos Aires: Nueva Trilce, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, XVIII., 26.nov.2009, Florianópolis. **Funções de governo e funções de garantia: uma comparação entre as experiências européia e latino-americanas**. Florianópolis: CONAMP.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. **O futuro do Ministério Público e a nova Ordem Constitucional**. Justitia. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985.

FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Meio Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Momento actual de la reflexión criminológica**. Disponível em: <www.cienciaspenales.net> Acesso em: 25 ago. 2011.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes*. In: ALVES, Airton Buzzo, RUFINO, Almir Gasquez e SILVA, José Antonio Franco da (org.). **Funções Institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **MPs perseguem os miseráveis e um pouco da violência**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/coluna-lfg-mps-perseguem-miseraveis-violencia>>. Acesso em: 17 mai 2011.

GOMES, Laurentino. **1808**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GONZALVEZ, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v.33, n.1, p. 9-17, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/9792/6687>>. Acesso em: 31 mar 2011.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Por que, ainda hoje, se deve ler Beccaria? (Análise sob o prisma do processo penal). In: BUSATO, Paulo Cesar (Org.). **Ler Beccaria hoje. Coleção Por que ler os clássicos**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. **El fundamento del sistema jurídico penal**. Lima: ARA Editores, 2005.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manual Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Impero: il nuovo ordine della globalizzazione**. Milano: Rizzoli, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HÖFFE, Otfried. **Ciudadano economico, cuidadano del Estado, ciudadano del mundo: ética política em la era de la globalizacion**. Trad. Carlos Díaz Rocca. Buenos Aires: Katz, 2007.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Titio Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Aurílio Buarque. **Mini Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Positivo, 2010.

JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 26, abr./jun., 1999.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras: *Malleus Maleficarum***. Trad. Paulo Froés. 18 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937.

MARREY, Luiz Antonio Guimarães; GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso; LIMA, Pedro Falabella de. Ministério Público e a Tutela das Liberdades Públicas. **Justitia**. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia alemã**. Trad. Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um novo Ministério Público. In: CHAVES, C.; ALVES, L.B.M.; ROSENVALD, N. (coord.). **Temas atuais do Ministério Público**. A atuação do *parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MICHAELIS. **Pequeno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MILLER, Walter. B. **Lower class culture as a generating milieu of gang delinquency**. The Journal of Social Issues, 3, 1958, p. 5 e ss. Disponível em <http://courses.missouristate.edu/KarlKunkel/SOC540/miller.pdf>. Acesso em: 28 jul 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório-Diagnóstico 2002-2010**. São Paulo, 2011, p. 46. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2011/RelDiag2011novo.html>. Acesso em: 17 maio 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em <<http://www.transparencia.mpf.gov.br/gestao-e-gastos-com-pessoal/membros-e-servidores-efetivos/2010/c%20relacao%20de%20membros%20DEZ10.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal e control social**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 3 ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Disponível em <www.rtonline.com.br>. Acesso em 20 de mar. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco, HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEUMAN, Elías. **Los que viven del delito y los otros**. 3 ed. Bogotá: Temis, 2005.

NOTÍCIA. “Promotor aconselha policial a melhorar mira para matar ladrão”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/976892-promotor-aconselha-policial-a-melhorar-mira-para-matar-ladrao.shtm>>. Acesso em: 17 set. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PENA, Ivana Farina Navarrete. Atuação do Ministério Público no exercício de suas atribuições constitucionais: algumas lacunas a preencher In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

PEDRINA, Roberta Duboc. **Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. <<http://www1.ci.uc.pt>>. Acesso em 24 de mar. 2011.

PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Parte General del Derecho Penal**. 4.ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. **Justitia**. São Paulo, v. 63, abr./jun. 2001.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público - visão crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salton Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007.

ROSENMAN, Marcos Roitman. **Las razones de la democracia**. Toledo: Sequitur, 1998.

RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABELLA, Walter Paulo. **O Ministério Público ante uma nova Constituição: Propostas**. Justitia. Órgão do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: APMP, nº 131, setembro de 1985.

SADEK, Maria Tereza Aina. Ministério Público dos Estados: uma caracterização. In BRASIL, Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasil, 2006.

SALGADO, Luiz Roberto Saraiva. **Demolindo mitos e construindo pontes**. Ministério Público. Nova arquitetura da unidade. Rio de Janeiro: Edição do autor, 2011.

SANGLARD, Pedro Elias Erthal Sanglard et SANTA-RITA, Tania Guimarães Santa-Rita. O Ministério Público e a ciência do (meio) ambiente. **Mundo & Vida**. Niterói, v. 3, jul./dez. 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 10).

SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHWRTZAN, Simon. **Bases do Autoritarismo Brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Publit Soluções Editoriais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A era do consensualismo e o Ministério Público In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, nº 31, out./dez., 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de segurança 21.239-DF, RTJ 147/161.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

VÁRNAGY, Tomás. El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo. In: BORÓN, Atílio A. (Comp.) *La filosofía política moderna: de Hobbes a Marx*. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, Editorial Universitaria de Buenos Aires - EUDEBA, 2000. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/moderna.html>>. Acesso em: 19 de mar. 2010.

WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Estudos sobre a marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La pericolosità come elemento dei discorsi genocidiari. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em <<http://www.radioradicale.it>>. Acesso em 12 de dez. 2010.

ZENKNER, Marcelo. Reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – Revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Temas atuais do Ministério Público. A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução extrajudicial de conflitos. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público**. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora RT, 2003.

ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.