

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
AGÊNCIA DE INOVAÇÃO, PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E
INTERNACIONALIZAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

DAVI URUÇU REGO

RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O BEM JURÍDICO PENAL ESSENCIAL:
da necessária definição de limites para criminalização de condutas.

São Luís

2021

DAVI URUÇU REGO

RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O BEM JURÍDICO PENAL ESSENCIAL:

da necessária definição de limites para criminalização de condutas.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Dinâmica e efetividade das Instituições do Sistema de Justiça.

Orientador: Professor Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães.

São Luís

2021

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo autor.
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Rego, Davi Uruçu.

RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O BEM JURÍDICO PENAL ESSENCIAL:
da necessária definição de limites para criminalização de condutas./ Davi Uruçu Rego. -
2021.

117 f.

Orientador (a): Cláudio Alberto Gabriel Guimarães.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito/ccso, Universidade
Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2021.

1. Racionalidade Penal Moderna. 2. Controle Social Formal. 3. Cifra Oculta. 4. Bem
Jurídico Penal. I. Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel. II. Título.

DAVI URUÇU REGO

RACIONALIDADE PENAL MODERNA E O BEM JURÍDICO PENAL ESSENCIAL:
da necessária definição de limites para criminalização de condutas.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães (Orientador)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Márcio Aleandro Correia Teixeira

Universidade Ceuma

Para Vanessa, Catarina e Davi Lucas,
esposa e filhos, cuja compreensão dos gestos
sempre conferem abrigo.

AGRADECIMENTOS

À Deus por me agasalhar na fé e me conceder disposição inabalável.

À minha família, em especial a minha mãe (*Mary*), pelo amor, dedicação e paciência em todos os momentos.

Ao Professor e orientador Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, pelos ensinamentos diários, por incentivar o exercício de pensar criticamente, por corrigir meus olhos míopes e, sobretudo, pela amizade e confiança.

Ao Ministério Público do Estado do Maranhão e, em especial, à Dr^a. Themis Maria Pacheco de Carvalho pelo apoio contínuo durante todos esses anos que trabalhamos juntos.

Aos Professores do PPGDIR-UFMA, na pessoa do seu coordenador Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, pelo compartilhamento generoso de conhecimento.

Ao grande amigo que conquistei, Sandro Rogério Jansen, que muitas vezes me socorreu com seus ensinamentos e tantas outras me apresentou formas simples de resolver desafios. “Um leão de cada vez”... assim ele diz.

Enfim, a todos aqueles que direta ou indiretamente, auxiliaram na realização deste trabalho, muito obrigado!

“Talvez os sentimentos contidos nas páginas seguintes não estejam suficientemente na moda para lhes granjear um favor geral; o longo hábito de não pensar que uma coisa seja errada lhe dá o aspecto superficial de ser certa e ergue de início um temível brado em defesa do costume. Mas o tumulto não tarda em arrefecer. O tempo cria mais convertidos do que a razão” (PAINE, 1973, p. 42).

RESUMO

Na presente dissertação a centralidade do sistema penal como trincheira multifuncional destinada à pacificação do corpo social é sistematizada para denotar a necessidade de incremento de uma nova racionalidade penal, a qual a estrutura normativa seja apartada da intensa valorização da pena privativa de liberdade como obrigação de infligir sofrimento para ir ao encontro da possibilidade de seu uso restrito a circunstâncias bem delimitadas pela dignidade constitucional do bem jurídico penal. Desta forma, utilizando-se do método de abordagem indutivo, o exercício punitivo contemporâneo foi apresentado através da racionalidade penal moderna e decalcado pela análise da cifra oculta para pavimentar uma contramarcha a esse estado de coisas; sem, contudo, perder de vista o alcance das projeções de expectativas que enredam o ideal e o real em termos de respostas ofertadas pelo sistema punitivo.

Palavras-chave: 1. Racionalidade Penal Moderna. 2. Controle Social Formal. 3. Cifra Oculta. 4. Bem Jurídico Penal.

ABSTRACT

In this dissertation, the centrality of the penal system as a multifunctional trench aimed at pacifying the social body is systematized to denote the need to increase a new penal rationality, which the normative structure is separated from the intense valorization of the deprivation of liberty as an obligation to inflict suffering to meet the possibility of its use restricted to circumstances well delimited by the constitutional dignity of the criminal law. In this way, using the inductive approach method, the contemporary punitive exercise was presented through the modern rationality and followed by the analysis of the hidden cipher to pave a counter-march to this state of affairs; without, however, losing sight of the reach of expectations projections that entangle the ideal and the real in terms of responses offered by the punitive system.

Keywords: 1. Modern Rationality. 2. Formal Social Control. 3. Hidden Cipher. 4. Criminally Protected Public Interest.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Crimes catalogados da Parte Especial do Código Penal.....	111
Tabela 2 – Crimes catalogados da Legislação Penal Especial.....	115
Tabela 3 – Incidência dos principais crimes catalogados.....	116

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Tempo de duração dos Inquéritos Policiais.....	60
Gráfico 2 – Fundamentação para arquivamento dos Inquéritos Policiais.....	62
Gráfico 3 – Crimes da Parte Especial do Código Penal.....	63
Gráfico 4 – Crimes da Legislação Penal Especial.....	66

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. PODER PUNITIVO E RACIONALIDADE: O MAL-ESTAR DA VIOLÊNCIA PENAL.....	21
2.1 Eixos de pensamento da Racionalidade Penal Moderna.....	21
2.2 Racionalidade Penal Moderna.....	30
2.3 Contramarcha à Racionalidade Penal Moderna.....	36
3. CAUSALIDADE MATERIAL EXTERNA: TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE E CONTROLE SOCIAL.....	44
3.1 Delimitações conceituais e Pesquisa de Campo.....	44
3.2 Sociedade contemporânea e controle social.....	49
3.3 Cifra oculta e os obstáculos para o exercício de um controle social formal racional.....	58
4. BEM JURÍDICO PENAL: A ENCRUZILHADA NORMATIVA.....	72
4.1 Arqueologia do bem jurídico.....	72
4.2 Lineamento para a objetividade conceitual.....	83
4.3 Bem jurídico penal essencial como via limitadora e legitimadora do poder punitivo.....	87
5. CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS.....	98

1. INTRODUÇÃO.

Um dos grandes riscos destes tempos, em que tudo tende a uniformizar-se, é que esta tendência consolide um pensamento único e que já não caiba uma reflexão e/ou um pensamento crítico capaz de reafirmar que o Direito Penal, por si só, é um multiplicador de danos.

E assim o foi em todo seu percurso histórico, desde a passagem da Cidade de Deus para a Cidade dos Homens, em que foi inaugurada uma nova era em que ao poder punitivo já não mais cabia os suplícios corporais, porquanto a caracterização do Estado Moderno impunha a observância do contrato realizado entre os cidadãos e o Estado gestor das necessidades destes.

Da irracionalidade para a racionalidade do poder punitivo, o contrato social moldou as formas de condutas individuais a fim de resguardar a manutenção do equilíbrio garantido à ficção jurídica do Estado.

Sob esse prisma, repetidas vezes ao longo da história, a racionalidade do poder punitivo foi – e ainda é! – conduzida para alcançar finalidades bem delineadas, cuja contemporaneidade as submete ao exercício do controle social formal.

Nesse âmbito, o Direito Penal é elevado à categoria de trincheira de batalha multidirecional apontada tanto para aspectos intrassistemáticos, quanto para aspectos extrassistemáticos, olvidando-se, contudo, que o Direito Penal ocupa somente um lugar limitado dentro do sistema punitivo.

Inserido nessa lógica, o sistema penal promove, com integração do corpo social, uma reivindicação negativa de direito que consiste no direito de o acusado sofrer como uma forma de autoestima para o corpo social, o qual não reconhece a existência de um nós – de um pertencimento – que inclua a pessoa desviante.

Essas transformações apontam com clareza para a modelagem do significado da palavra segurança à dimensão repressiva e ao exercício punitivo como uma política de redução de risco sociais em que a hipersensibilidade à insegurança e a forte exigência repressiva contribuem para a notoriedade do desafio que é distribuir segurança sem cair na insegurança difusa.

Ocorre que, nesse imbricar de coisas, a operacionalidade real do sistema penal e o discurso jurídico-penal oficializados são cada vez mais antagônicos, ao ponto de a programação normativa ser fundamentada em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuar de forma amplamente diversa.

Assim sendo, há um movimento de expansão do Direito Penal que se realiza por intermédio da atuação simbólica do poder punitivo e que resulta em um efeito paradoxal consistente na redução inversamente proporcional de sua força cogente. É dizer: à medida que o Direito Penal se expande perde efetividade e toma a forma de poder destituído de racionalidade.

No referido contexto, é necessário clarificar que se entende por efetividade do Direito Penal a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio da cultura que enreda o corpo social. Logo, será efetivo o Direito Penal capaz de servir de garantia externa de existência.

Dito isso, não se pode perder de vista que sem efetividade o Direito Penal fica sem utilidade, sem um “para quê”, faz maior uso da força para conservar sua vigência e, conseqüentemente, ocasiona um processo de repressão desmedido, cujas conseqüências são projetadas em termos de legitimidade.

Em outras palavras, ao não proteger aquilo que se propõe – ou protegendo apenas formalmente – o Direito Penal torna-se frustrante e maximiza sua potência repressiva.

Nesse ponto de ancoragem, destaca-se o relevo do discurso jurídico-penal cuja racionalidade se desenvolve por intermédio de um sistema de pensamento denominado de racionalidade penal moderna, cujo principal direcionamento consiste em uma obrigação de reagir ao crime com a imposição de uma sanção penal.

Conforme será observado, sob o pálio da racionalidade penal moderna, seja por intermédio da teoria utilitária da dissuasão, da teoria retributiva ou expiatória, ou ainda da teoria da readaptação e da neutralização, o direito de punir é colocado na forma de uma obrigação de punir em sentido estrito, desencadeando um processo de empoderamento do sistema penal e edificando-o como um subsistema relativamente autônomo e diferenciado de outros subsistemas jurídicos, em um processo em que o direito se diferencia dentro do direito.

Com essa expressão, destaca-se que a racionalidade penal moderna erige uma forma de pensar o poder punitivo dentro do horizonte da clivagem entre, por um lado, o Direito Penal e, por outro, os direitos civis e administrativos.

Para além disso, deve-se sobrelevar que a racionalidade penal moderna não é, por si só, capaz de dar uma razão universal e coerente para se punir, porquanto sua razão punitiva resulta da aglomeração das supracitadas teorias da pena e, portanto, é menos lógica e menos articulada que estas teorias consideradas de forma isolada.

Entrementes, faz-se necessário perceber, também, que a racionalidade penal moderna vai além do conteúdo das teorias que a constituem, de forma que sua estrutura pode ser vislumbrada em três níveis diferentes: a) um nível micro – representativo do direito de punir; b) um nível meso – representativo das teorias da pena; e, c) um nível macro – representativo da articulação das teorias da pena umas com as outras para formar o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna.

Nesse conduto, quando se fala em sistema de pensamento é necessário ter em conta seu entendimento enquanto conjunto de relações que se mantêm e se transformam independentemente de conexões entre si, porquanto a racionalidade penal moderna equivale a um conjunto de ideias – nem sempre convergentes e nem sempre harmônicas – que é capaz de emanar diretrizes para guiar a ação.

Com isso, aduz-se que a delimitação conceitual de sistema aqui compreendida é, a um só tempo, menos que uma teoria – porque não possui coerência lógica que essa possui – e mais que as teorias que o constituem, porque possui propriedades novas que emergem de sua organização e unidade global.

Destarte, a racionalidade penal moderna é uma forma de pensar e construir o Direito Penal que assumirá uma forma sistêmica autônoma, uma rede de significados que tem sua própria unidade em termos de conhecimento e que exerce sua influência através da capacidade de naturalizar a estrutura normativa das leis penais e das práticas institucionais.

Por todo o exposto, destaca-se que o conceito de racionalidade penal moderna comporta dois sentidos: a) um teórico e formal, que indica um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal; e, b) um empírico e descritivo, que designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico, embora jamais seja inteiramente determinado por uma causalidade material externa, que são as transformações ocorridas na sociedade.

Veja-se, pois, que a centralidade do sistema penal como trincheira multifuncional destinada à pacificação do corpo social é apresentada e esmiuçada para denotar a necessidade do incremento de uma nova racionalidade penal, na qual a estrutura normativa seja apartada da intensa valorização da pena privativa de liberdade como obrigação de infligir sofrimento para ir ao encontro da possibilidade de seu uso restrito a circunstâncias bem delimitadas.

Para tanto, o exercício punitivo contemporâneo é apresentado através da racionalidade penal moderna e decalcado pela análise da cifra oculta para pavimentar uma contramarcha a esse estado de coisas e conceber uma racionalidade apoiada em um pragmatismo constitucionalizado para realização do controle social formal.

Trilhando esse entendimento, deve-se compreender que uma racionalidade apoiada em um pragmatismo constitucionalizado é aquela em que há comparação entre o que é postulado pelos anseios individuais e coletivos, em sede de controle social por busca de segurança, com as respostas do legislador a tais anseios e com o crivo constitucional que devem sofrer tais medidas, como pressuposto para implementação das mesmas.

Nesse esforço, estabelece-se que, paralelamente à necessidade de refrear o processo contínuo de inflação legislativa em matéria penal, é fundamental trazer para o centro do debate a importância da definição de limites para criminalização de condutas desviantes.

Diante dessa perspectiva, o delineamento de critérios objetivos para a realização da tarefa de escolha dos bens jurídicos mercedores de proteção penal realiza-se a partir da percepção da Constituição enquanto limite positivo para o Direito Penal e se desenvolve dentro do horizonte dos pressupostos inafastáveis da dignidade constitucional do bem jurídico e do princípio da necessidade da pena.

E isso se dá porque entende-se que o Estado Moderno erigiu o poder punitivo como instrumento essencial para a garantia de seus fins, dentre os quais sobeja importância à ação mantenedora do contrato social realizada por intermédio do controle social formal.

Nessa senda, a pena privativa de liberdade, principal instrumento de atuação do controle social formal, para além de estar inserida no núcleo formador do Estado Moderno, destina-se a cumprir juridicamente e de forma racionalmente aceitável a substituição da vingança privada pela necessária preservação da sociedade, possuindo, portanto, utilidade social verificável consistente na proteção e no resguardo da ordem jurídica.

Dito isso, à definição de limites para criminalização de condutas desviantes torna-se imprescindível submeter o bem jurídico penal à filtragem constitucional, para aferir sua dignidade constitucional, e, igualmente, mensurar a compatibilidade deste com o princípio da necessidade da pena.

No ponto em apreço, ressalta-se que o crivo do princípio constitucional da necessidade da pena deve ser compreendido como uma condição da intervenção criminalizadora, sem a qual esta não pode ser realizada.

Em outros termos, deve-se entendê-lo a partir da perspectiva de controle crítico do poder punitivo, já que sua valoração restringe a aplicação da pena privativa de liberdade a bens jurídicos com dignidade constitucional.

Feitos esses esclarecimentos, sobreleva-se, oportunamente, que a análise da cifra oculta valeu-se do campo investigativo ofertado pelo Termo de Ajustamento de Conduta celebrado, no ano de 2016, pelo Ministério Público do Estado do Maranhão – representado pela Procuradoria Geral de Justiça, pela Corregedoria Geral do Ministério Público e pelos Promotores de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial – em conjunto com a Secretaria de Estado de Segurança Pública, a Delegacia Geral de Polícia Civil, a Superintendência de Polícia da Capital e a Corregedoria Geral do Sistema Estadual de Segurança Pública.

Nesse conduto, a investigação realizada foi desenvolvida no âmbito da 24ª Promotoria do Controle Externo da Atividade Policial, no período de novembro de 2020 a março de 2021, e se debruçou sobre os Inquéritos Policiais das Delegacias de Polícia Civil contempladas pelo supracitado Termo de Ajustamento de Conduta (“Mutirão das Delegacias”) e que haviam recebido parecer de arquivamento do Ministério Público do Estado do Maranhão no período compreendido entre os anos de 2017 a 2019.

Assim sendo, foram analisados Inquéritos Policiais de 15 (quinze) Delegacias de Polícia Civil, sendo elas as seguintes: 1º DP (Centro); 4º DP (Vinhais); 5º DP (Cohab); 7º DP (Turu); 9º DP (São Francisco); 10º DP (Bom Jesus); 11º DP (São Cristóvão); 14º DP (Bequimão); 16º DP (Cidade Olímpica); Delegacia Especial da Cidade Operária; Delegacia Especial do Maiobão; Delegacia de Roubos e Furtos; Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente; e, Superintendência de Investigações Criminais.

Dentro desse recorte temporal estabelecido, primeiramente foi selecionado o quantitativo de 494 (quatrocentos e noventa e quatro) Inquéritos Policiais. Desse quantitativo

460 (quatrocentos e sessenta) Inquéritos Policiais receberam parecer de arquivamento, 28 (vinte e oito) Inquéritos Policiais foram devolvidos ao Promotor Natural para dar regular andamento ao feito e 6 (seis) Inquéritos Policiais eram pedidos de diligências.

Pormenorizando os 460 (quatrocentos e sessenta) Inquéritos Policiais que receberam parecer de arquivamento, registra-se que foram catalogadas 556 (quinhentos e cinquenta e seis) condutas típicas, sendo que 497 (quatrocentos e noventa e sete) correspondem aos tipos penais dispostos na Parte Especial do Código Penal e 59 (cinquenta e nove) correspondem aos tipos penais dispostos na Legislação Penal Especial.

Demais disso, destaca-se que é inerente à análise realizada a aferição das condições de funcionamento do sistema penal, razão pela qual também se discorre sobre o tempo de duração dos Inquéritos Policiais e, ainda, sobre as razões que fundamentam os pareceres de arquivamento destes.

Ademais, consigna-se que o conceito de cifra oculta utilizado é amplo e vai ao encontro do entendimento segundo o qual nem todo delito cometido é perseguido, nem todo delito perseguido é registrado, nem todo delito registrado é averiguado pela polícia, nem todo delito averiguado é denunciado, nem toda denúncia é recebida e nem todo recebimento termina em condenação.

Firme nesse sentir – e admitindo-se que o processo de criminalização é, em todas as suas fases, criador de cifras ocultas –, sobreleva-se que a pesquisa desenvolvida recai sobre os crimes comunicados e não elucidados e, portanto, utiliza-se do método de análise que interroga as razões que impuseram o não prosseguimento dos Inquéritos Policiais.

Fazendo-se, pois, a devida correlação com o anteriormente exposto, ainda que sob pena de incorrer em obviedade, destaca-se que o grande contributo da análise da cifra oculta para a contramarcha propugnada reside na compreensão de que falar de cifra oculta é, indubitavelmente, falar de programação normativa penal, a qual a partícula fundante é o bem jurídico penal.

Ante esse mosaico, é de suma importância deixar registrado que a indagação que baliza o presente trabalho consiste em saber como conferir efetividade ao Direito Penal e, igualmente, irromper com o processo de expansão que lhe retira a racionalidade e o reduz ao mero exercício da força.

Com esse delineamento, a hipótese aventada concebe que, a partir da análise da cifra oculta, é possível construir um horizonte que ofereça como resposta ao conflito social soluções distintas daquelas que preponderam no sistema de pensamento da racionalidade penal moderna, soluções que se distanciem da lógica expansiva do sistema de justiça criminal a partir da necessária definição de limites para criminalização de condutas desviantes.

Nesse âmbito de análise, em que o objetivo maior enreda a pavimentação de uma contramarcha ao protagonismo do poder punitivo na solução de conflitos sociais, convém expressar que a construção deste objeto de pesquisa foi um trabalho de relevante fôlego, realizado pouco a pouco, por retoques, correções, emendas e sugestões acerca de pormenores aparentemente infundáveis, cujo sentido, para além de retratar a realidade investigada, buscou alcançar a construção relacional do pensamento¹.

Pensamento o qual, incessantes vezes exigiu reformulações, numa polaridade dinâmica entre realidade visível e realidade pensável, em um processo renitente de síntese e unidade transformadora do meio ao qual pertence o objeto de pesquisa².

Desta forma, o trabalho assume a posição teórico-metodológica que entende ser objeto do Direito o fenômeno jurídico historicamente realizado. Ou seja, um fenômeno que se positiva no espaço e no tempo e que, enquanto decorrência desse processo histórico, possui como principal função atribuir valor e submeter a juízo crítico o conteúdo regulativo do direito³.

Advertidamente, inaugura-se a via expositiva metodológica sobrelevando-se que a verificação da hipótese apresentada neste trabalho deve ser buscada por intermédio do método de abordagem indutivo para que – através daquilo que é sobejamente conhecido, entretanto, imune a consensos – seja possível realizar ilações até então não formuladas.

Dito isso, trilha-se na esfera da pesquisa jurídica-descritiva, mas também, jurídico-propositiva⁴, em que a busca por efetividade e legitimidade do poder punitivo são imprescindíveis no caminho da contramarcha ao protagonismo deste na resolução de conflitos.

¹ Dentro dessa concepção, Bourdieu (2005, p. 27 e ss.), o qual entende que o pensamento relacional perpassa pela compreensão de que a construção do objeto de pesquisa não está isolada de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades. Dito isso, assevera ser muito mais fácil pensar em termos de realidades que podem ser vistas claramente do que pensar em termos de relações.

² Cfr. Reale (1998, p. 66).

³ Vide, Gustin e Dias (2002, p. 33).

⁴ Para Gustin e Dias (2002, p. 45 e ss.), “sendo as pesquisas jurídicas um campo especial das Ciências Sociais Aplicadas, toda e qualquer investigação deverá ter a finalidade propositiva, por sua própria natureza de ciência aplicada”.

Quanto à estratégia metodológica empregada, esta foi realizada, de um lado, por meio de pesquisa documental, a partir da análise dos dados da cifra oculta dos Inquéritos Policiais das Delegacias de Polícia Civil integrantes do “Mutirão das Delegacias” e que haviam recebido parecer de arquivamento do Ministério Público do Estado do Maranhão no período compreendido entre os anos de 2017 a 2019; e, de outro lado, por meio de pesquisa bibliográfica, sobretudo, para apresentar os contornos da racionalidade penal moderna e, a partir desse ponto, estabelecer uma correlação com a necessidade de definição de limites para criminalização de condutas desviantes.

Em relação à disposição metodológica das ideias, entende-se que um plano de trabalho deve ser conciso e harmonioso, devendo tais características estarem refletidas no sumário, que, de maneira objetiva, resultará o que se espera ser revelado quando da leitura do trabalho.

A partir deste entendimento, divide-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, apresenta-se a racionalidade penal moderna a partir de seus eixos de pensamento, de sua conceituação e de suas implicações para o exercício do poder punitivo, conclamando ao fim pela imposição de uma contramarcha à formatação do poder punitivo contemporâneo.

No segundo capítulo, correlaciona-se o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna com as características e necessidades do corpo social para, em seguida, proceder à análise e interpretação da cifra oculta pesquisada nos Inquéritos Policiais das Delegacias de Polícia Civil integrantes do “Mutirão de Delegacias” cujo parecer de arquivamento do Ministério Público do Estado do Maranhão foi exarado no período compreendido entre os anos de 2017 a 2019.

No terceiro capítulo, defende-se uma reforma penal redutora balizada pela necessidade de definir limites objetivos para o conceito de bem jurídico penal.

2. PODER PUNITIVO E RACIONALIDADE: O MAL-ESTAR DA VIOLÊNCIA PENAL.

2.1 Eixos de pensamento da Racionalidade Penal Moderna.

É indubitável que a evolução cronológica do poder punitivo é repleta de marchas e contramarchas as quais lhe retiram a possibilidade de ser vislumbrado de forma contínua e linear.

Não obstante isso, ecoa por esse percurso a incessante luta pelo reconhecimento do homem enquanto pessoa dotada de direitos, cujo rastro sangrento não permite olvidar dos custos do poder punitivo à humanidade.

O poder punitivo, certamente, ceifou muito mais vidas que todas as guerras e é capaz de ferir a sensibilidade atual mais profundamente que o próprio fenômeno da guerra, sobretudo se se entender que esta, em geral, não supera a frieza, a premeditação e a racionalização que caracterizam as crueldades e as aberrações registradas ao longo de sua história⁵.

Em seus quadrantes, é possível rememorar Damians e a sua condenação ocorrida, em 2 de março de 1757, na praça de Grève (Paris-França). Nessa data, sob a acusação de ter cometido parricídio, foi puxado e desmembrado por quatro cavalos, cortaram-lhe os nervos, retalharam-lhe as juntas e todos esses fragmentos de membros e de corpo foram consumidos pelo fogo, reduzidos a cinzas e suas cinzas lançadas ao vento⁶.

Comum ao período pré-clássico⁷, a cerimônia da pena e o espetáculo da execução pública, trazem consigo uma mensagem visual carregada de significado e, portanto, destinada a dissuadir todos aqueles que pudessem se tornar um criminoso.

⁵ Sobre o tema, Zaffaroni (2007, p. 159), para quem o caminho percorrido pelo poder punitivo não é tão linear nem “evolutivo”, mas sim uma luta permanente e constante em que vingança privada, vingança pública e tendências humanitárias são termos encontrados em todas as épocas.

⁶ Dentro dessa concepção, Foucault (2007, p. 9). Para o autor referenciado, no início do século XVIII e começo do século XIX, o cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração.

⁷ Refere-se aos princípios de justiça dominantes no Antigo Regime em que se visava punir severamente, mas apenas um pequeno número de pessoas (MACHADO, 1998, p. 110).

Nesse aspecto, a doutrina da severidade máxima⁸ fornece o aval necessário para realização do intento de dissuasão geral ou a exemplaridade. Por seu intermédio, o rigor da pena justifica-se independentemente de toda consideração sobre quem punir, sobre quem é punido ou, ainda, sobre o número de casos que são regulados de outra forma ou que simplesmente permanecem sem solução alguma⁹.

Diante dessa perspectiva, sobressai a preocupação com a exasperação das penas como método de prevenção de crimes e com a incidência irrestrita da punição – em detrimento de qualquer outra solução possível –, sem que o grau de culpabilidade do ofensor repercuta nessa moldura, já que é precípua inibir a repetição da ofensa¹⁰.

Com esse delineamento, paulatinamente, as punições severas – as quais recaiam sobre um pequeno número de pessoas – passam a ceder espaço à certeza da punição e à ampliação do número de culpados.

Essa ruptura decorre, sobretudo, da necessidade de refrear as consequências advindas dos adensamentos populacionais na sociedade no início do século XVIII e que encontra na punição massiva uma solução moralizadora plausível.

Dessa forma, a partir da metade do referido século, a ideia de que é melhor punir menos severamente um número grande de pessoas que punir severamente um pequeno número de culpados ganha densidade¹¹.

Com isso, ao tempo em que as punições anteriormente aplicadas sofrem drástica moderação na intensidade estas multiplicam-se em quantidade.

⁸ Alguns dos aspectos fundamentais da racionalidade penal moderna encontram suas raízes na corrente de pensamento pré-clássica intitulada “doutrina da severidade máxima”. Por seu intermédio é possível constatar que existe uma linha divisória muito tênue entre as teorias utilitárias e retributivas e o conhecimento pré-clássico, sobretudo porque as teorias ditas modernas não se expurgarão de algum tipo de doutrina de severidade (PIRES, 1998c).

⁹ Nessa linha de entendimento, Pires (1998a, p. 63). Em complemento, Machado (2008, p. 111) pontua que a doutrina da severidade máxima se situa a meio caminho da modernidade, na qual o sentido da punição somatiza a severidade com o maior número de punições possíveis.

¹⁰ Sobre o exposto, importa destacar, ainda, que o tema da severidade é evocado, pelo menos, de três formas diferentes: A primeira, para marcar uma distância crítica em relação ao antigo regime, de modo que sua representação assume a forma de um pesadelo dos tempos antigos: “eles eram severos, nós somos moderados e justos”. A segunda, é evocada para reprimir propostas demasiadamente humanistas, indulgentes, como um limite à moderação. A ideia não é pregar a severidade, mas negar a brandura ou a negligência. Por fim, a terceira forma consiste em apresentar a severidade máxima como uma “exigência de justiça” e logo como a própria prova de humanismo. Assim, a repressão apresenta-se sob o ângulo positivo e, portanto, moralmente aceitável (PIRES, 1998c).

¹¹ Especificamente, Cfr. Machado (1998, p. 111). Segundo a autora referenciada a ideia de que se deve punir um grande número de pessoas está atrelada a uma sociedade que vê a população como problema e acredita ser necessário, para moralizá-la, recorrer à punição massiva.

Entrementes, ao que se afigura, a sutileza dessa mudança perpetrada vai além da aritmética da pena, vez que a reordenação da lógica do castigo fez desaparecer o espetáculo da punição física, do corpo supliciado e da publicização da dor.

Assim, a expiação que tripudia sobre o corpo é sucedida por uma reprimenda que atua profundamente sobre a vontade, as disposições, a alma. A pena passa a ter como objeto a perda de um bem, de um direito, e, sem mutilar o corpo, priva, impõe obrigações, suprime a liberdade, definha a vida.

Desta forma, a mecânica da punição altera a rotação de suas engrenagens para torná-la a parte mais velada desse processo, deixando o campo da percepção visual cotidiana para fazer morada na consciência abstrata do cidadão. E, assim, a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime¹².

Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício. Ao revés, a execução da pena vai se tornando um autômato, um mecanismo administrativo que desonera a justiça e que relega esse mal-estar a um exercício burocrático¹³.

Inaugura-se, pois, o período do utilitarismo penal clássico¹⁴, a qual a incipiente configuração política do Estado é fundamental para construção teórica moderadora das penas¹⁵.

Nessa esteira, o desenvolvimento de uma Teoria do Estado permitiu a superação, em definitivo, do paradigma que amoldava a Cidade de Deus ao modelo puro e transcendente da Cidade dos homens. E, mais, de Maquiavel¹⁶ a Hobbes¹⁷, as estruturas de direito da política foram tecidas e o poder civil individualizado em um ente abstrato e soberano, o Estado

¹² Sobre o assunto, Foucault (2007, p. 13).

¹³ Dentro dessa concepção, Foucault (2007, p. 13). Com bastante propriedade o autor referenciado destaca que há na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, de forma que a redistribuição de papéis liberta os magistrados do vil ofício de castigadores para atribuir-lhes o ofício de corrigir, reeducar e curar.

¹⁴ Para maior aprofundamento, Cfr. Bentham (2000), para quem a racionalização da pena era uma questão central para o sucesso do direito penal.

¹⁵ Acerca da temática, Roxin (2006) discorre sobre o equilíbrio que deve permear o Contrato Social e que se estabelece entre a proteção estatal necessária e a liberdade individual possível.

¹⁶ Em Maquiavel (1979) há a constatação da existência de vínculos entre os caracteres do homem – sua perversidade e sua *virtù* – e os jogos da política. Ante isso, o autor defende o entendimento de que é fundamental um poder soberano que proporcione segurança e proteção, conferindo destaque às relações políticas e não religiosas.

¹⁷ Hobbes (2006) vai mais longe que Maquiavel (1979) por detectar na “natureza humana” o nascedouro de todas as estruturas de direito da política. Desta forma, defende a construção de uma ordem social racional fundada no livre-arbítrio dos homens, capaz de transformar os indivíduos pertencentes ao estado de natureza. Interessante leitura sobre o contratualismo hobbesiano pode ser encontrada em Pousadela (2006).

Esse florescer da razão trouxe a reboque duas leis naturais fundamentais para a manutenção e perpetuação do Estado, quais sejam: esforçar-se pela paz e saber se privar¹⁸.

Desta forma, a questão fundamental inicialmente posta reside na arquitetura racional do Poder do Estado, cujo monopólio criador do direito emoldura o espaço público no qual os homens estão inseridos.

Ocorre que, se de um lado os indivíduos se uniram e sacrificaram uma parte de suas liberdades para fruir de todo o resto com segurança e tranquilidade, de outro, não se pode olvidar que a parte a qual se dispôs se trata da menor parte possível de liberdades, em prol da consecução desse fim maior. E, com isso, assevera-se que o poder legítimo passa a ser aquele que usurpa o mínimo possível a liberdade e a segurança dos indivíduos¹⁹.

Nesse marco contratual²⁰, a união estabelecida entre indivíduos isolados e independentes em troca de paz social traz consigo a necessidade visceral de um regramento capaz de administrar a parte de liberdade que foi cedida ao Estado²¹.

Exsurge uma normatividade incipiente e a pedra fundamental da legalidade é apresentada nesse novo espaço público em que instituições oficiais e atos de autoridade estatal passam a compor a vida em comum da sociedade erigida pelo contratualismo²².

Traça-se, pois, uma linha divisória entre aquilo que é permitido ao poder punitivo e aquilo que não lhe é permitido, de forma que seu âmbito de atuação está adstrito às porções individuais de liberdade que lhe formam entregues, a qual a consequência lógica

¹⁸ Guimarães (2019, p. 15) sintetiza o referido momento histórico nos seguintes termos: “Do consentimento para limitação das liberdades e da reciprocidade é, então, que nasce a ideia de acordo ou contrato social e, o mais importante, a ideia de comunidade, que representa o conjunto de indivíduos que ganham unidade ao aderirem ao acordo”.

¹⁹ Acerca da temática, Pires (1998a, p. 105).

²⁰ Guedes e Silva (2013) apresentam relevante aporte teórico sobre as bases fundacionais do contratualismo.

²¹ Nas palavras de Rousseau (2013, p.72-73): “uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, tornasse-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente a todos.[...] A fim de que o pacto social não seja, pois, um formulário inútil, o pacto social contém tacitamente esta obrigação, que é a única que pode dar força às outras; de modo que aquele que se recusar a obedecer a vontade geral sê-lo-á obrigado por todo o corpo: o que significa apenas que será forçado a ser livre; tal é essa condição, oferecendo os cidadãos à pátria, proteges-os de toda dependência pessoal; condição que promove o artifício e o jogo da máquina política, e que é a única que faz legítimas as obrigações civis, as quais seriam absurdas sem isso, tirânicas e sujeitas aos maiores abusos.

²² Sobre o desenvolvimento histórico do Estado, Cfr. Miranda (2015, p. 85 e ss.), o qual defende o ponto de vista de que o Estado apresenta duas funções, quais sejam: a função tarefa e a função atividade. Assim sendo, exercita a função tarefa quando garante certas necessidades coletivas imanentes a certas zonas da vida social, o que, por sua vez, acaba por servir a propósitos de legitimação. De outro lado, exercer a função atividade quanto atua como estrutura organizacional para cumprimento da função de organização do poder político.

redunda na observância de que, sob a parcela não entregue, indisponível, a incursão deste desborda da justiça para ir ao encontro do arbítrio²³.

Há, portanto, um tripé fundamental para o exercício exitoso dessa tarefa, que pode ser descrito através da necessidade de proteção contra agressões recíprocas, da necessidade de conter os impulsos punitivos do próprio poder estatal e, por fim, da necessidade de proteger o agressor da reação informal dos outros ou, ainda, contra a exigência de aumento incessante das penas²⁴.

Encerrada essa breve digressão que aloca o utilitarismo penal clássico no espaço-tempo, é fundamental precisar que nesse âmbito teórico à pena é conferido um objetivo político claro e preciso, consistente em tornar real a imagem do cárcere a fim de que o projeto político de controlar os comportamentos futuros da população por intermédio do exemplo lograsse êxito²⁵.

Não se trata, pois, de atormentar, afligir, nem, tampouco, de desfazer o delito cometido. Ao revés, o fim reside em impedir que sejam causados novos danos e, por conseguinte, dissuadir os demais concidadãos de incorrer no mesmo ato.

Para tanto, é impositivo que seja colocada em curso uma psicologia associacionista capaz de sobrevalorizar os efeitos da sanção penal a fim de que haja renúncia à realização do ato que possa trazer consequências negativas²⁶.

Mas não é só isso!

²³ Sobre a necessidade restringir excessos na limitação das liberdades, bem como a necessidade de refrear os poderes do Leviatã, limitando a atuação do Estado e antecipando a importância do reconhecimento dos direitos humanos na relação entre os integrantes da comunidade civil e o ente estatal, Locke (1994, p. 39) aduziu: “Livrar-se de semelhante força é a única segurança de preservação; e a razão ordena considerar como inimigo à própria preservação aquele que arrebatar a alguém a liberdade que a assegura, de sorte que quem tenta escravizar a outrem se põe com ele em estado de guerra”. Acerca dos posicionamentos dos autores contratualistas em relação ao controle social, Cfr. Silva, Ferreira e Barros (2008).

²⁴ Procedendo à análise da racionalidade penal moderna, Machado (2008, p. 110) descreve que o “tempo forte” desse sistema de pensamento é a obra “Dos delitos e das penas”, na qual Beccaria, de forma inaugural e visível, combina os atributos desse sistema de pensamento como matéria distinta. Trata-se, pois, de um momento marcado por uma tendência a pensar o direito criminal e a pena como um subsistema fechado, autônomo e secular. Uma análise sobre a obra de Beccaria e a importância dele para o pensamento criminológico pode ser encontrada em Llobet Rodríguez (2011). Em oposição, Alves (2008, p. 38) e Guimarães (2019, p. 17) comungam do entendimento de que a obra de Beccaria é superficial e panfletária.

²⁵ Cfr. Beccaria (1999). O ponto central da justificação do direito de punir, formulada pelo autor referenciado, está na necessidade de proteger a liberdade dos indivíduos entre eles e em face do poder estatal, sempre reconhecendo que certa forma de coerção, e de punição, inclusive, é autorizada e legítima. Para tanto, privilegia a dissuasão geral e específica como objetivo da pena criminal.

²⁶ Vide, Pires (1998a, p. 127-129).

Como o efeito utilitarista da dissuasão apregoada não admite que o mal causado a supere, o culpado convola-se em um “objeto”, um simples “meio” para o Estado; e, nessa toada, sutilmente a liberdade é substituída pela necessidade de promover o exemplo²⁷.

De igual forma, a doutrina de severidade do Antigo Regime é encoberta pela certeza da punição, certeza esta que se destina a impedir a debilidade do efeito dissuasivo e da legitimidade da pena²⁸.

Veja-se, portanto, que a partir do supracitado raciocínio é excluída toda e qualquer possibilidade de intervenção que – aos olhos da exemplificação – enfraqueça o objetivo utilitário supracitado²⁹.

Assim sendo – diante da obrigação de punir –, até mesmo os delitos mais insignificantes, mais leves, acabam sendo dragados pelo poder punitivo.

Nessa medida, se é certo que a pena deve reproduzir o crime (v.g. pena de morte para o homicídio e castração para os crimes sexuais), não menos correto é afirmar que a gradação da privação apta a gerar o efeito almejado contempla a ideia de um excedente de pena, cuja finalidade é ultrapassar a vantagem resultante do delito³⁰.

Com esse sentir, quando a concepção utilitarista pensa em uma pena mínima nela admite que deve estar contida não somente a premissa da irrenunciabilidade; mas, sobretudo, a certeza de que, mesmo a sanção mínima, agasalha esse excedente de pena que vai além do mal causado.

O direito de punir agora não mais é visto como uma prerrogativa punitiva, uma autorização celeste personificada em um indivíduo isolado e triunfante sobre uma floresta de campestinos.

²⁷ Dentro dessa concepção, Pires (1998a, p. 130).

²⁸ Foucault (2007) registra que, se por um lado, era importante limitar o poder absoluto do soberano racionalizando e humanizando a punição dos suplícios, dando fim aos castigos violentos, por outro, também era fundamental limitar o arbítrio do soberano no seu poder de graça para se alcançar um sistema penal eficaz. Assim, além de moderada a pena deveria ser infalível, o que, por óbvio, excluía toda possibilidade de perdão e de composição entre as partes.

²⁹ Digno de nota é o fato de que, embora de início toda e qualquer possibilidade de sanção civil tenha sido excluída, paulatinamente, o pensamento clássico passou a se satisfazer com a multa e a prisão (MACHADO, 2008, p. 121)

³⁰ Especificamente, Cfr. Pires (1998c). Soma-se ao exposto a teoria do menor direito de Bentham (2000), para quem o cárcere deveria ter condições inferiores às condições dos indivíduos mais pobres da sociedade, pois, do contrário, o caráter do castigo não amedrontaria aqueles que estivessem tentados a cometer um crime. Assim, a prisão deveria ser horrível para que não houvesse voluntariedade em gozar do conforto da prisão.

Há, pois, um transcurso epistemológico que o lapida em racionalidade punitiva, digna de equilíbrio – nem moderada ou cruel – e devida, conforme seus fins justificantes.

Diante desse caminho evolutivo, o utilitarismo penal clássico cede espaço ao retributivismo penal clássico, que possui como premissa maior a assertiva de que a pena é um imperativo categórico, uma obrigação moral incontornável, que deve ser posta em curso ainda que a pena seja inútil³¹.

Desta feita, o retributivismo penal apregoa que a punição justa é uma forma de honrar o culpado.

Entrementes, veja-se que há uma linha de tensão entre o utilitarismo penal e o retributivismo penal.

Se, de um lado, o retributivismo penal acusa o utilitarismo penal de querer fazer do ser humano um instrumento para dissuadir os outros, para proteger a sociedade ou para alcançar suas finalidades. De outro lado, o utilitarismo penal reprova com veemência o apego ao dever moral de punir sustentado pelo retributivismo penal, porque entende esse ato como um desperdício social “desumano”³².

Portanto, quando se confronta o uso utilitário da punição com a imposição de uma punição – ainda que desnecessária –, é perceptível que o excedente de mal do utilitarismo convola-se em exata quantidade de mal do retributivismo sem que, contudo, as características gerais da gestão punitiva sejam alteradas, já que a disposição repressiva permanece latente entre o *quantum* mínimo e máximo de sofrimento estabelecido.

Nessa trama, o passo seguinte consiste em agregar à necessidade de imposição de sanção penal uma visão, até então, completamente diferente do indivíduo desviante.

Sob a perspectiva do utilitarismo positivista, o indivíduo desviante é então apresentado como alguém completamente diferente das pessoas que cumprem a lei, um ser socialmente anormal e moralmente patológico, ou seja: uma espécie do gênero humano³³.

³¹ Kant (1989, p. 168) justifica a aplicação da pena de morte independentemente de qualquer critério de utilidade; mesmo que a pena seja manifestamente desnecessária a execução do assassino deve ser realizada em nome da defesa dos padrões morais. Hegel (1997, p. 101) vai além ao afirmar que o delinquente não apenas deve ser punido com uma pena correspondente ao crime que cometeu, mas tem o direito de ser punido com a pena de morte porque somente a punição o resgata e é apenas por meio dela que ele é reconhecido como ser racional. Assim, a pena reestabelece a vontade geral retratada pela ordem jurídica.

³² Sobre o assunto, Pires (1992, p. 36).

³³ Sintetizando a temática, Baratta (1999, p. 32) observa que a reação contra o conceito abstrato de indivíduo leva a escola positiva a afirmar que a compreensão do crime que não se esgota na indemonstrável tese de uma

Não obstante isso, ressoava à época a assertiva de que é possível descobrir o criminoso antes de seu ato, porque o ato era apenas um sintoma de um “estado criminoso”.³⁴

Ocorre que, diante desse novo estatuto ontológico do indivíduo desviante, cria-se um espaço-exclusão peculiar e particularizado para esse grupo de pessoas sem que isso ofenda a consciência ética coletiva, que, aliás, diga-se, bradava valores democráticos e proclamava direitos humanos³⁵.

Dentro dessa concepção, portanto, o indivíduo desviante não é tido como um sujeito de direitos. Ao revés, ele é um alvo da intervenção e esta destina-se a erradicar a criminalidade que nele pré-existe.

Com esse mosaico, o utilitarismo positivista confere legitimidade e justificação a um processo de exclusão institucionalizado pelo Estado e o justifica a partir de uma tríplice estratégia: reajustar quando possível, eliminar ou neutralizar o que não pode ser reajustado e prevenir o que não pode ser reajustado³⁶.

É dizer: a punição pelo ato criminoso deve ser acompanhada por uma intervenção terapêutica ou educacional capaz de ceifar o desejo de cometer outros crimes, devendo o indivíduo desviante ser colocado à disposição em um local segregado e durante um incerto tempo para que ele possa ser punido/tratado³⁷. Do contrário, não sendo possível a correção do indivíduo desviante restaria, finalmente, a neutralização para os incuráveis.

Por todo o exposto, para além do inquebrantável lugar da prisão enquanto regulador social, a síntese que se apresenta inicialmente demonstra a existência de uma necessidade punitiva que pode ser vislumbrada por eixos de conhecimento que se interligam e formam um amálgama que cunha racionalidade à violência penal.

causalidade espontânea por meio de um ato de livre arbítrio; mas, isto sim, através de todo o complexo de causas expressas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social em que a vida do indivíduo está inserida.

³⁴ Cfr. Garófalo (1997, p. 226). Para o autor referenciado o crime era um delito normal e que existia independentemente de qualquer tipo de lei, nascia com o homem e este tornava-se perigoso para o convívio em sociedade de acordo com a degeneração de seus valores.

³⁵ Vide, Pires (1992, p. 11), o qual entende que todas as teorias da pena contribuíram para reforçar a dimensão estigmatizante veiculada pelo direito penal e para legitimar o uso abusivo da prisão.

³⁶ Acerca da temática, Garland (2008, p. 95-96). Diante da perspectiva apresentada, o autor em referência observa, ainda, que o objetivo pragmático de “combater o crime”, essa entidade metafísica que se acreditava estar enraizada no indivíduo, propunha um modelo de intervenção sem direitos e sem suficientes princípios éticos explícitos.

³⁷ Nessa linha de entendimento, Xavier (2010, p. 287) desenvolve o conteúdo das teorias da pena que formam a racionalidade penal moderna.

Desta forma, os eixos de que se fala estão assim dispostos: 1) pragmático e político³⁸; 2) moral³⁹; 3) jurídico; e, 4) clínico⁴⁰.

Refinando ainda mais a síntese apresentada, entende-se que a moldura da racionalidade penal moderna⁴¹ é traçada a partir de três grandes teorias da pena, que são a teoria utilitária da dissuasão (ou da correção moral pelo castigo e pela disciplina), a teoria retributiva ou expiatória e a teoria da readaptação (modelo médico) e da neutralização⁴².

Firme nesse sentir, tem-se, pelo menos, três boas razões para punir. A primeira decorrente da necessidade pragmática e política de punir os pequenos desvios criminais para não enfraquecer o efeito da dissuasão. A segunda, decorrente do deslocamento do fundamento do direito de punir do “proteger a sociedade” para o “fazer justiça”, enquanto obrigação moral incontornável originada em um imperativo categórico. E, por fim, a terceira, consistente na transformação da exigência pragmática, política e moral de punir em uma “consequência jurídica necessária” da transgressão⁴³.

Desse modo, o que se observa é que a noção de autorização de punir foi adquirindo, paulatinamente, a conotação de dever de punir e, nessa senda, diuturnamente foi construída uma disposição cultural em favor da punição⁴⁴.

³⁸ Em profundidade, Cfr. Beccaria (1999) e Bentham (2000).

³⁹ Para maior detalhamento, Cfr. Kant (1989) e Hegel (1997).

⁴⁰ O entendimento da temática perpassa pela compreensão de Lombroso (2007), Ferri (1908) e de Garófalo (1997).

⁴¹ A temática será abordada com profundidade no item seguinte. Contudo, importa adiantar que o conceito de racionalidade penal moderna comporta dois sentidos: um teórico e formal e outro empírico e descritivo. Assim, o primeiro (teórico e formal) indica um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e, desta forma, se distingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum. De outro lado, o segundo sentido (empírico e descritivo) designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico. Desta forma, tal sistema de pensamento jamais é inteiramente determinado por uma causalidade material externa (transformações na sociedade): a justiça penal produz o seu próprio sistema de pensamento na medida em que se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia no interior do direito, razão pela qual o Direito Penal moderno será construído e percebido como um subsistema jurídico com identidade própria (PIRES, 2004, p. 40).

⁴² Assim, Pires (1998a, p. 14).

⁴³ Vide, Pires (1998b, p. 216).

⁴⁴ É de fundamental importância deixar expresso que, embora o poder punitivo continue em processo contínuo de ordenação e reordenação nas sociedades em que se lhe aplicam, para os fins aqui estabelecidos as características apresentadas são tidas como fundamentais para a compreensão da temática exposta a seguir, o que não quer dizer, por óbvio, que não serão necessárias novas incursões às características do poder punitivo contemporâneo e da sociedade que o conforma. Ainda sobre o percurso histórico do poder punitivo até a contemporaneidade, Cfr. Zaffaroni (1991).

2.2 Racionalidade Penal Moderna.

Um esforço genealógico, ainda que breve, faz emergir a necessidade de grafar uma data de nascimento para a racionalidade penal moderna, cuja apreciação corrente aponta para a obra “Dos delitos e das penas” como aquela que pela primeira vez, ou de forma mais visível e forte, combinou toda uma série de atributos como “matéria distinta”, dando início às linhas gerais da racionalidade penal moderna⁴⁵.

A partir desse ponto de partida sobressai a defesa de uma forma de pensar o poder punitivo dentro do horizonte da clivagem entre, por um lado, o Direito Penal e, por outro, os direitos civis e administrativos.

Dessa maneira, essa clivagem foi se renovando através e por intermédio dos eixos de conhecimento apresentados, redundando, pois, em um processo de empoderamento do sistema penal, conforme hodiernamente se observa.

Nesses termos, o que se constata é que o século XVI é o ponto de chegada e convergência de uma série de tramas ou fios conceituais que tecem um passado e, ao mesmo tempo, o ponto de partida de uma nova configuração do poder punitivo, o qual o ponto alto da constituição dessa “nova” racionalidade penal é o século XVIII e a sua conclusão é o século XIX, com os compromissos instáveis a que deu origem⁴⁶.

No imbricar de coisas, o debate sobre as penalidades nos séculos XVI ao XIX exsurge no presente momento para deixar claro que, para além das controvérsias – sem dúvidas reais – que se opõem aos eixos de pensamento já apresentados, tais correntes compartilham certos pressupostos comuns e que, sempre se definindo em oposição ao outro, conseguem obscurecer aquilo que gravita em torno de si e perder de vista aquilo que eliminam⁴⁷.

Dito de forma diversa, isso implica que as posições do utilitarismo clássico, do retributivismo e do utilitarismo positivista não são alternativas reais entre si, já que as referidas teorias nem mesmo estão em oposição⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. Pires (1998a, p. 17).

⁴⁶ Em riqueza de detalhes, Pires (1998a, p. 19).

⁴⁷ Sobre o assunto, Van de Kerchove (1981, p. 291).

⁴⁸ A ideia de que as teorias da pena têm semelhanças que ultrapassam a sua aparente oposição já foi explorada, entre outros autores, por Christie (2005).

Em verdade, a construção erguida pelas teorias supramencionadas erige muito mais perspectivas cúmplices do que perspectivas opostas ou antinômicas, as quais, gize-se, dão origem a este sistema de pensamento denominado de racionalidade penal moderna.

Quando se fala em sistema de pensamento, é necessário ter em conta seu entendimento enquanto conjunto de relações que se mantêm, se transformam, independentemente de conexões entre si⁴⁹, porquanto a racionalidade penal moderna equivale a um “resultante de força”, um conjunto de ideias – nem sempre convergentes e nem sempre harmônicas –, que é capaz de emanar diretrizes para guiar a ação⁵⁰.

Com isso, pode-se dizer que a delimitação de sistema aqui compreendida é, a um só tempo, menos que uma teoria – porque não possui coerência lógica que essa possui – e mais que as teorias que o constituem, porque possui propriedades novas que emergem de sua organização e unidade global. Ou seja: o conjunto do sistema de pensamento apresenta “qualidades emergentes”, é uma *unitas multiplex*⁵¹.

Com isso, chama-se a atenção para a necessidade de ultrapassar a valoração individual dos enunciados das teorias das penas para que seja possível corrigir o desvio focal centrado nas diferenças e, assim, direcioná-lo para a percepção de unidade do sistema de pensamento da racionalidade penal moderna.

Para tanto, mister olhar atentamente para o exposto. É preciso trabalhar com a “névoa”, nos traços mais gerais das transformações, nos períodos mais longos, para compreender as mudanças macro⁵².

Desta feita, quando se fala em racionalidade penal moderna refere-se a um sistema selecionado como sistema de pensamento dominante do sistema de direito criminal, que determina o que é e o que não é uma pena, que determina para que ela deve servir, que

⁴⁹ Dentro dessa concepção, Foucault (1966, p. 408).

⁵⁰ Especificamente, Cfr. Xavier (2010, p. 275). Advertidamente, o autor referenciado pontua que a racionalidade penal moderna não é capaz de dar uma razão universal e coerente para se punir, tal como as teorias da dissuasão e da retribuição. Assim sendo, a razão punitiva da racionalidade penal moderna é o resultado da aglomeração das teorias da pena e que resulta em algo que é menos lógico e menos articulado que suas teorias consideradas de forma isolada.

⁵¹ Em profundidade, Morin (1977, p. 106). A construção do autor referenciado é fundamental para compreensão da temática porque conduz ao entendimento de que a racionalidade penal moderna vai além do conteúdo das teorias que a constituem.

⁵² Sobre o tema, Foucault (1980, p. 33).

forma ela deve assumir, que serve de fundamento para o direito de punir e que constrói um discurso identitário para o sistema de direito criminal⁵³.

Por definição, tem-se, assim, um sistema de pensamento que compreende “todos os discursos filosóficos científicos (*savants*) que foram selecionados, estabilizados e generalizados pelo sistema social em questão”⁵⁴.

Em termos mais detalhados, a racionalidade penal moderna é uma forma de pensar e construir o Direito Penal que assumirá uma forma sistêmica autônoma. É um sistema social de um tipo particular, uma rede de significados que tem sua própria unidade em termos de conhecimento e influencia o Direito Penal moderno através da capacidade de naturalizar a estrutura normativa das leis penais e suas práticas institucionais⁵⁵.

Sua estrutura pode ser vislumbrada em três níveis diferentes; sendo o primeiro, um nível micro – representativo das ideias de proteção da sociedade, direito de punir, etc. –, o segundo, um nível meso – representativo das teorias da pena – e o terceiro, um nível macro, aquele no qual as teorias da pena se articulam umas com as outras para formar o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna⁵⁶.

Com isso, as intercomunicações das teorias da pena no sistema de direito criminal ascendem a um nível distinto em que os elementos de cada teoria da pena se combinam para alcançar um *status* que irrompe as divergências internas para se consolidar como sistema de pensamento.

Essa é, pois, a constatação necessária para avançar na temática e deixar de centrar força na poeira erguida pelas divergências apresentadas pelas teorias da pena.

Como dito, trabalhar com a névoa é condição *sine qua non* para ir além e compreender a existência desse sistema de pensamento e de seus princípios reitores, todos amplamente difundidos na interlocução conduzida pelo sistema de direito criminal.

Em termos bastante claros, esses princípios reitores de que se fala consistem no direito de punir, na pena como meio de sofrimento e, por fim, na ideia de proteção da sociedade pelo poder punitivo.

⁵³ Dentro dessa concepção, Xavier (2010, p. 277). O referido autor entende que a racionalidade penal moderna é quem determina o *status*, o papel e as possibilidades da punição no contexto do sistema de direito criminal.

⁵⁴ Nessa linha de entendimento, Pires (2004, p. 183).

⁵⁵ Em profundidade, Pires (2001a, p. 8).

⁵⁶ Cfr. Garcia (2009, p. 312).

Conquanto soe dissonante, porquanto o hábito insiste em apontar os significados destes princípios reitores para um *locus* diverso, cumpre traduzi-los aos olhos da racionalidade penal moderna, a fim de que seus conteúdos reais se apresentem ao ideário romântico e humanizado propalado pelo sistema de direito criminal.

Assim sendo, quando se apresenta o direito de punir como princípio reitor da racionalidade penal moderna o que está em debate é o fato de que, em maior ou menor grau, existe uma obrigação de causar um sofrimento e que, por aceitação ampla, deve passar ao largo de atualizações no âmbito punitivo.

Desta feita, tanto para a teoria utilitária da dissuasão quanto para a teoria retributiva ou expiatória, ou ainda para a teoria da readaptação e da neutralização, o direito de punir é colocado na forma de uma obrigação de punir em sentido estrito⁵⁷.

Inexiste, nesse lugar de encontro das teorias da pena, diferenciação entre uma e outra, porque a forma criada por elas é exatamente a mesma, uma obrigação de reagir, uma obrigação de infligir um sofrimento, embora as justificativas sejam amplamente diversas⁵⁸.

De igual forma, a justificativa da pena como meio de sofrimento é a resultante de que esta equivale à punição criminal. E, assim sendo, à sanção criminal reparatória são atribuídos argumentos desencorajadores, porque o ato verdadeiro de punir requer o fazer sofrer.

Nada além da legitimação dada ao sofrimento – uma resposta legítima ao crime – e que evidencia, novamente, um ponto de encontro entre as teorias da pena, com a ressalva, por óbvio, de que as razões de uma e outra são variáveis⁵⁹.

Ao seu tempo, a ideia de proteção da sociedade pelo poder punitivo traz consigo o raciocínio segundo o qual se deve conceber um bem futuro imaterial para justificar um mal

⁵⁷ Vide, Pires (2002, p. 145).

⁵⁸ Constituem exemplo das justificações mencionadas: a) para o utilitarismo da dissuasão – sem punição, a sociedade vira um caos, pois nada impedirá a transgressão da norma; b) para o retribucionismo – sem punição, não se faz justiça; c) para a reabilitação – sem punição, não se pode estabelecer medidas terapêuticas para o infrator. Sobre a temática, em profundidade, Cfr. Guimarães (2007).

⁵⁹ Um exemplo bastante elucidativo dessas razões pode ser obtido através do utilitarismo da dissuasão e do retributivismo penal. A primeira asseverando que a distribuição do sofrimento é uma condição necessária para o cálculo do custo/benefício pelo infrator e a segunda afirmando que a pena deve ser a exata resposta do mal ao crime, portanto imprescindível para reformar o indivíduo. Sobre a temática, em profundidade, Cfr. Guimarães (2007).

atual, concreto, tangível, em que a resposta sancionatória expresse a contundência que o último instrumento de proteção da sociedade exige⁶⁰.

Em conformidade com esses argumentos, é indubitável que a punição penal é convocada a bater mais forte. Entretanto, não se pode perder de vista que o argumento da *ultima ratio* gravita aleatório em torno de órbitas situacionais, basta rememorar a proliferação de comportamentos banais e socialmente perigosos inaugurada pelo utilitarismo penal clássico.

Para além, cabe destacar, em tempo, que a ideia de proteção da sociedade pelo poder punitivo também comporta uma visão hostil do infrator, o inimigo a ser banido⁶¹, que ofendeu um bem caro à sociedade e cujo valor deve ser traduzido na quantidade de sofrimento aplicado⁶².

Nesse caminhar, veja-se que o círculo de conhecimento sistematizado pela racionalidade penal moderna apresenta a obviedade de que para proteger a sociedade é necessária uma pena certa e aflitiva⁶³, erigindo-se, assim, um obstáculo epistemológico⁶⁴ que impede a extensão do pensamento em direção a outras alternativas capazes de recompor o vínculo social rompido pelo crime⁶⁵.

Com essa medida, o Direito Penal moderno será então construído – e percebido – como um subsistema relativamente autônomo e diferenciado de outros subsistemas jurídicos, em um processo em que o direito se diferencia dentro do direito⁶⁶.

Eis o ponto de interlocução entre expectativas normativas⁶⁷ e os números compromissos instáveis que a norma penal dá origem, porque nesse percurso de modelagem

⁶⁰ Especificamente, Cfr. Pires (2004, p. 43). O autor referenciado ressalta, ainda, que a proteção da sociedade na racionalidade penal moderna comporta um lado atomista, vez que a preocupação das teorias da pena se limita ao indivíduo transgressor, olvidando, contudo, das consequências para as pessoas próximas ao transgressor.

⁶¹ Sobre a temática, em profundidade, Cfr. Zaffaroni (2007b).

⁶² Acerca da temática, Pires (2004, p. 44).

⁶³ Em riqueza de detalhes, Xavier (2010, p. 283).

⁶⁴ Nessa linha de entendimento, Pires (2002). Intrinsecamente ligados às condições psicológicas para o progresso da ciência, e internos ao próprio ato de conhecer, os obstáculos epistemológicos ganham vivacidade diante de um saber mal estabelecido, pois diante do real, aquilo que se crê saber com clareza ofusca o que se deveria saber. Assim, os obstáculos epistemológicos são uma espécie de contrapensamento que pode surgir no momento da constituição do conhecimento ou numa fase posterior. São uma forma de resistência do próprio pensamento ao pensamento. É dizer: o pensamento não progride senão por suas próprias reorganizações (RODRIGUES e GRUBBA, 2012, p. 318 e ss.). Dito isso, o obstáculo epistemológico aparece sempre que uma organização do pensamento existente – já científico ou não – se encontra em perigo (LECOURT, 1980, p. 26). Para maior aprofundamento sobre obstáculos epistemológicos, Cfr. Bachelard (1996). Sobre obstáculos epistemológicos na Ciência do Direito, Cfr. Mialle (1984).

⁶⁵ Acerca da temática, Pires (2004, p. 43).

⁶⁶ Sobre o assunto, Pires (2001a, p. 8).

⁶⁷ Pires (2001b, p. 146) adverte que existe uma peculiaridade no Direito Penal consistente em criar e estabilizar uma dupla expectativa normativa: a primeira diz respeito ao comportamento e a outra à sanção que o aflige. Espera-

normativa⁶⁸ se entrecruza não somente uma carga sociológica, mas, também, uma força de atração cultural que espelha o padrão de comportamento a ser cumprido ao padrão de sanção estabelecido.

Dessa justaposição do padrão de comportamento ao padrão de sanção – repetidas vezes chamada de estrutura telescópica do tipo “quem faz x deve ser punido com y ” –, exsurge um número particularizado de penas que acabam por oficializar uma linha de pensamento medieval em que o canal de comunicação eleito entre essas extremidades é a severidade da pena aflitiva⁶⁹.

É necessário grifar que a supracitada combinação impõe homogeneidade à relação crime/pena, trazendo a reboque a consequência inarredável da necessidade e identidade entre uma e outra, fato esse que, pela simplicidade do argumento apresentado, conduz à ontologização da estrutura normativa do Direito Penal.

Em termos finais, o resumo do exposto pode ser traduzido pela constatação de que as teorias convencionais da pena, que são sustentadas e valorizadas pelo sistema de direito criminal, constituem um obstáculo cognitivo à reconstrução/inação das estruturas e processos do direito criminal ao mesmo tempo em que não dão apoio suficiente às sanções não carcerárias ou outras sanções que não visem à imposição de um sofrimento ao culpável⁷⁰.

Desta feita, em esforço de síntese, os quatro principais componentes da racionalidade penal moderna contemplam: 1) direito de punir definido como obrigação de punir e crítica do perdão; 2) valorização das penas aflitivas ou de exclusão social; 3) supervalorização da pena privativa de liberdade (prisão como pena de referência); e, 4) a desvalorização das sanções alternativas⁷¹.

Ocorre que, com essa moldura enunciativa da racionalidade penal moderna, o sistema punitivo contemporâneo conforma uma identidade que não lhe permite ir além da pena

se, então, também esse sofrimento como uma resposta supostamente justa, proporcional ou necessária à transgressão. Isso dá a falsa impressão de que a função essencial do Direito Penal é aplicar a pena aflitiva.

⁶⁸ Acosta (1987, p. 2) propõe o conceito de modelagem penal para designar o processo de construção da transgressão penal por meio da transformação progressiva do que era no início um quadro de vida (ou seja, um conjunto difuso de eventos) no fato jurídico (crime).

⁶⁹ Dentro dessa concepção, Pires (2001a, p. 9).

⁷⁰ Cfr. Pires (2002).

⁷¹ Vide, Garcia (2013). Para o referido autor, a teoria da racionalidade penal moderna põe, portanto, em evidência os obstáculos ligados a uma possível reforma institucional do direito criminal moderno e suas práticas, em particular à recorrente crítica da prisão. Integra esse quadro a existência de uma enorme dificuldade para legitimar, generalizar e estabilizar sanções que não visem intencionalmente a infligir de um sofrimento ao infrator e à diminuição do recurso ao encarceramento.

aflitiva, além do sofrimento do ofensor e do discurso sabidamente inócuo, fatos os quais fazem recair sobre si, como decorrência lógica de sua aplicação desmensurada, os adjetivos de simbólico⁷², seletivo e estigmatizante.

É preciso, portanto, um contraponto, um horizonte que ofereça como resposta ao conflito social soluções distintas, soluções que se distanciem da lógica punitiva do sistema de justiça criminal hodierno, porquanto a lógica em exercício enfraquece a força intimidatória que este possui.

Há, portanto, uma luta a ser travada.

Uma luta que imponha uma onda renovatória – uma contramarcha na tendência criminalizadora – que promova uma forma distinta de gerir conflitos, vez que a violência e a irracionalidade do sistema penal são inerentes ao seu próprio funcionamento, à sua lógica⁷³.

2.3 Contramarcha à Racionalidade Penal Moderna.

Daqui até o ponto de chegada é necessário expor com máxima clareza o lugar que, atualmente, a racionalidade penal moderna ocupa; sem olvidar, sobretudo, da forma como se reage a esse sistema de pensamento.

Com bastante propriedade, o experimento da garrafa de moscas fornece uma imagem de fácil tradução para que seja possível alocar o ponto de vista colonizador em voga.

Assim sendo, cabe rememorar que o supracitado experimento tinha uma abertura larga em forma de funil dando uma aparência de segurança às moscas que se aventuravam no gargalo cada vez mais estreito do recipiente; uma vez no fundo da garrafa, a única maneira de as moscas saírem era pelo mesmo canal estreito pelo qual haviam entrado. Ocorre que, visto de dentro, o canal de entrada parecia ainda mais perigoso e estreito do que o espaço que estavam presas, razão pela qual permaneciam no fundo da garrafa até morrerem, embora a saída não estivesse bloqueada⁷⁴.

⁷² Para maior aprofundamento sobre a temática abordada, Cfr. Hassemer (2008), o qual compreende que “simbólico”, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma.

⁷³ Sobre o tema, Zaffaroni (1991, p. 221).

⁷⁴ Dentro dessa concepção, Watzlawick (1988, p. 269).

Nessa senda, a resolução da situação apresentada perpassa, então, pela necessidade de convencer as moscas de que o único caminho viável é aquele que se apresenta menos reconfortante.

Desta feita, é preciso percorrer o caminho oposto e aventurar-se em direção ao gargalo da garrafa para recuperar a liberdade.

Esta é, dentre tantas outras existentes, apenas uma metáfora que expressa com propriedade a moldura da racionalidade penal moderna, a qual naturaliza o crime e torna necessária a imposição da estrutura telescópica anteriormente apresentada; e que, conseqüentemente, atrai para o fundo da garrafa um número infindável de crenças nas promessas entregues pelo Direito Penal contemporâneo.

Assim descrita, a racionalidade penal moderna convola o Direito Penal em figura estéril, pouco inventiva, e mal equipada para resolver uma miríade de tarefas no seio social.

Abre-se, pois, um caminho para interrogantes que merecem ser compartilhados. Com isso, indaga-se: como encontrar uma maneira de sair da garrafa de moscas? Como conciliar a crescente “obrigação de punir” com o princípio da *ultima ratio*? Como fomentar outras soluções jurídicas que desbordem da seara penal?

Embora ainda não seja o momento adequado para apresentar respostas às perguntas supracitadas, há aqui um princípio regente que consiste em conferir a melhor resposta possível à situação sem perder de vista o que seria o ideal a ser alcançado.

Dito isso, tão certo quanto ao fato de que a solução possível deve se revestir de cautela – para que não seja apresentada como se fosse uma solução ideal – é a constatação de que a imposição do sonho de alcançar a solução ideal reduz as chances de mudar as práticas que se pretende combater⁷⁵.

Com esse sentir, o labor posto em curso cinge-se às soluções possíveis e tem como horizonte o entendimento de que o Direito Penal deve se restringir a proteger um número reduzidíssimo de casos⁷⁶.

⁷⁵ Spencer (1860, p. 153) estuda a justiça criminal à luz desse princípio geral. Para o autor referenciado “devemos sempre almejar fazer o que é melhor para os tempos atuais, mas devemos sempre ter em mente o que é abstratamente melhor; para que as mudanças que fazemos sejam em direção a ele, e não fora dele”.

⁷⁶ Especificamente, Cfr. Palma (2006, p. 122 e ss.).

Isso porque, segundo se entende, o Direito Penal é a última barreira infranqueável à proteção e manutenção da ordem jurídica⁷⁷.

Nesse conduto, importa mencionar que existem dois tipos de reformas: a) as reformas positivas, que visam melhorar e desenvolver uma instituição; e, b) as reformas negativas, visam reduzir ou mesmo abolir uma instituição⁷⁸.

A diferença entre os caminhos apontados é sintomática.

Dentre as reformas positivas, destinadas a melhorar e promover o sistema punitivo, tem-se ordinariamente a diversificação penal e os mecanismos de justiça processual penal negociada como opção para resolver os conflitos no âmbito criminal⁷⁹ e, desta forma, revigorar a dinâmica do poder punitivo⁸¹.

Nesse cenário, alguns exemplos de soluções processuais penais são úteis para conferir materialidade à exposição, *litteris*: 1) possibilidade de querelante e querelado se reconciliarem em audiência⁸²; 2) acordo de não persecução penal⁸³; 3) conciliação com

⁷⁷ Nessa linha de entendimento, Guimarães (2013, p. 573-574) assevera: “Assim sendo, questões de educação, reeducação ou neutralização dos infratores, de intimidação ou reafirmação do valor da norma para os atores sociais, de satisfação para a vítima e/ou seus familiares, não são aptas a legitimar a aplicação das penas, vez que se encontram fora do âmbito do disciplinamento da sociedade pela via do controle social formal. (...) A aplicação da pena se justifica, e só pode se justificar, em razão do fim para o qual foi pensado e criado o controle social formal: exclusivamente a disciplina dos cidadãos como pressuposto de existência da própria sociedade organizada pela via da proteção e manutenção da ordem jurídica. (...) O fator de mensuração da legitimidade das penas vai se dar no espaço da segurança pública, a saber: se a aplicação das penas está alcançando ou não o objetivo de disciplinar a sociedade”.

⁷⁸ Vide, Mathiesen (1974, p. 155). Para maior aprofundamento, ainda, Cfr. Hulsman (1989).

⁷⁹ O negócio processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito. Sem prejuízo de outras variantes, o negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo pena menor (colaboração premiada), como na antecipação de pena, quando o investigado ou o acusado declara a sua culpa e recebe uma pena menor (barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 384).

⁸⁰ A título ilustrativo, constitui exemplo de influência internacional em termos de soluções processuais negociadas: 1) A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015 de 2004, prevê nas alíneas “a” e “b” do § 1.º do art. 26 a figura da colaboração premiada; 2) A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), do ano de 2003, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 5.687 de 2006, estabelece, no art. 37, §§ 1.º a 3.º, a colaboração premiada como instrumento a ser utilizado no enfrentamento da criminalidade.

⁸¹ Fatores como o crescimento das taxas de criminalidade, custos elevados, aumento da carga de trabalho e demora na prestação jurisdicional – em grande medida relacionados aos procedimentos inerentes ao devido processo legal – têm corroborado com a tendência pela busca de soluções que priorizem valores como eficiência, celeridade e economia processual (NARDELLI, 2014).

⁸² Previsão contida nos arts. 521 e 522 do Código de Processo Penal.

⁸³ Previsão contida no art. 28-A do Código de Processo Penal.

composição civil de danos⁸⁴; 3) transação penal⁸⁵; 4) suspensão condicional do processo⁸⁶; 5) delação ou colaboração premiada; e, 6) acordo de leniência⁸⁷⁸⁸.

A justificativa mais corriqueira para o implemento destes decorre do fato de que o sistema punitivo pátrio se encontra defasado por ser excessivamente burocrático e, ainda, apresentar inúmeros resquícios de um modelo inquisitorial.

Noutro giro, há quem defenda que – considerando-se o aspecto gerencial –, estes permitem reduzir os custos financeiros do aparato estatal de justiça criminal e, ainda, ensejam a diminuição do número de processos não movimentados pelo Poder Judiciário⁸⁹.

Conquanto o rol de vantagens apresentado pela doutrina especializada seja bastante extenso, é possível referenciar três fatores que se destacam positivamente para fomentar seu implemento no âmbito criminal, quais sejam: 1) a celeridade processual⁹⁰; 2) a economicidade⁹¹; e, 3) a resolução consensual do conflito social⁹².

⁸⁴ Previsão contida nos artigos 72 a 74 da Lei nº. 9.099 de 1995.

⁸⁵ Previsão contida no art. 76 da Lei nº. 9.099/95.

⁸⁶ Previsão contida no art. 89 da Lei nº. 9.099/95.

⁸⁷ Não há consenso doutrinário acerca das expressões delação premiada e colaboração premiada, embora aqui sejam utilizadas como sinônimas. Segundo Lima (2015), a delação é mais ampla que a colaboração, esta é espécie daquela. Contudo, se o imputado, durante o processo, assume a culpa e fornece informações sobre a localização do produto do crime, pode-se falar em colaboração, ou seja, é tido, nesse caso, como mero colaborador. De outro modo, se, além de confessar, também, delata outras pessoas, pode-se falar em delação premiada ou em chamamento do corrêu. Ao revés, se o acusado nega a autoria e imputa o fato a um terceiro, há apenas um testemunho. Por sua vez, Aras (2013) aduz existir quatro espécies de colaboração premiada: a) delação premiada (chamamento do corrêu): confessa o envolvimento no crime e aponta outras pessoas; b) colaboração para libertação: o colaborador aponta o local em que se encontra a vítima sequestrada, facilitando sua libertação (v.g. art.159 §4º do CP); c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador apresenta informações para a localização do produto ou proveito do crime e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais; d) colaboração preventiva: colaborador apresenta informações relevantes aos órgãos da persecução penal, de forma a impedir um crime, ou interromper a continuidade ou permanência de condutas criminosas.

⁸⁸ A delação premiada pode ser vislumbrada nas seguintes normativas pátrias: Código Penal (art. 159, § 4º), Lei nº 7.492/1986 (art. 25, § 2º), Lei nº 8.072/1990 (art. 8º, parágrafo único), Lei nº 9.613/1998 (art.1º, § 5º), Lei nº 9.807/1999 (art. 13), Lei nº. 11.343/2006 (art. 41), Lei n. 12.850/2013 (arts. 4º a 7º).

⁸⁹ Assim, Ma (2011, p. 198-199). No mesmo sentido, vários autores concordam com os benefícios que podem advir do implemento dos meios alternativos para solução de conflitos no âmbito criminal, dentre os quais citam-se: 1) a “redução do número de processos penais, aumentando a celeridade na obtenção da prestação jurisdicional” (OLIVÉ, 2018, p. 06); 2) a “condução a maior eficácia e celeridade nos processos criminais e o desafogamento do judiciário” (MOREIRA, 2014, p.11); e, 3) a “economia nos gastos públicos e no tempo despendido para o julgamento do acusado, com significativos ganhos para o Estado, sociedade e também para os acusados” (GORDILHO, 2009, p.68).

⁹⁰ Para Lopes Júnior (2016), é fundamental manter o equilíbrio entre as medidas que visam acelerar o processo – e que podem ser benéficas ao atacarem o problema da morosidade judicial –, mas que, sob esse pretexto, podem levar a perigosas supressões de garantias fundamentais do acusado.

⁹¹ Olivé (2018, p. 06) argumenta que “os institutos que visam à solução negociada favorecem a economia processual, melhorando o funcionamento da Justiça e contribuindo para uma enorme economia de recursos econômicos ao Estado”.

⁹² Segundo Veloso (2003), as soluções consensuais no âmbito criminal trazem vantagens não apenas sob o aspecto da celeridade e eficácia processual, mas também representam um ideal de convivência humana baseada no consenso, conquanto haja dificuldades para alcançá-lo. Em sentido contrário, Oliveira (2015, p. 79): “Ao contrário

Não obstante isso, a crítica, amiúde, se dirige a possíveis violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como às premissas democráticas, tendo estas formas resolutivas de conflito sido vislumbradas por muitos como instrumentos para satisfazer um discurso efficientista⁹³.

Com esse sentir, é corriqueira a assertiva de que tais mecanismos para solução de conflitos no âmbito criminal concederiam atestado tácito de deficiência do Estado na persecução dos delitos, incentivariam incriminações ilegítimas para obter os benefícios legais ofertados, desequilibrariam a balança entre os autores processuais e, ainda, redundariam em mercantilização processual⁹⁴.

Outrossim, não se pode olvidar que nesse âmbito apresentado persiste a clivagem entre o Direito Penal e os demais ramos do direito, fazendo com que este ponha em xeque diversos princípios que conferem sustentáculo à sua catedral dogmática.

Desta feita, o âmbito de resolutividade apresentado não se aproxima – e, tampouco intenta – transpor as fronteiras da racionalidade penal moderna. Ao revés, tenciona o fortalecimento do argumento de autoridade do cambaleante Direito Penal pelo revigoreamento da esperança contida na pronta resolutividade do conflito social.

Ocorre que também nesse ponto a lógica do mal presente como justificativa do bem futuro – contido na resolução célere do conflito – igualmente retroalimenta o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna.

Tenta-se, pois, oxigenar o Direito Penal colocando em sua prateleira frascos antigos com rótulos novos dos quais ele pode se servir para bradar ao público sua aparência

do que sustenta parte da doutrina, a proposta de consenso não possui ligação com o princípio da oportunidade ou com o princípio da celeridade, uma vez que, por definição não faculta às partes transigirem sobre a acusação – apenas modifica a maneira de interagirem- e também não cria mecanismos voltados a acelerar o processo penal em detrimento de garantias fundamentais dos cidadãos, sendo certo que a rapidez na solução do conflito é apenas uma consequência quase sempre atrelada à adoção de um processo orientado pela relação processual”.

⁹³ Sobre o tema, Vasconcellos (2015, p. 125-127).

⁹⁴ Dentro dessa concepção, Vasconcellos (2015, p. 143-145). Importante referenciar que a influência de métodos econômicos na política criminal é classificada por uma mudança do templo para o mercado, como tendência do direito como um todo, *verbis*: “[...] não me hesitarei em qualificar, como também o fez o já mencionado Tribunal Supremo da Áustria, a introdução do acordo na Alemanha como um gigantesco crime coletivo de torsão do direito [...] Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio de metáfora do templo, essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresse através da metáfora do mercado. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 309).

rejuvenescida, um verdadeiro *recall* em que uma peça cede lugar a outra sem que se modifique a estrutura.

A constatação é hialina, já que o *ius puniendi* encontra-se profundamente desgastado por promessas irrealizáveis, cujas soluções alcançadas redundantemente são confrontadas com valores e princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

E, por assim dizer, é perceptível que a contramarcha aqui defendida é uma posição que contrasta com o ideário da “guerra ao crime” e da “mentalidade guerreira” à medida que converge para redução do âmbito de atuação do Direito Penal, porquanto se entende que é imperioso fazer algo diferente para conter o expansionismo do Direito Penal.

Nessa medida, embora a proposta de uma reforma redutora seja apresentada no capítulo final, é imperioso adiantar que o caminho trilhado é o da evitação penal⁹⁵, porque este – ao contrário da diversificação penal que incide na tipologia, modalidade de pena – restringe o âmbito de atuação do Direito Penal⁹⁶.

Assim sendo, por intermédio da evitação penal a pena privativa de liberdade será aplicada somente àquelas condutas que violem bens jurídicos cuja dignidade constitucional exija essa reprimenda⁹⁷.

⁹⁵ Ao rediscutir os fundamentos do direito de punir, Guimarães (2019), por intermédio da aproximação entre a dignidade constitucional do bem jurídico, a proporcionalidade e a necessidade de pena privativa de liberdade, delinea critérios objetivos para a realização da tarefa de escolha dos bens jurídicos mercedores de proteção penal. E isso se dá no âmbito do entendimento de que o Estado Moderno erigiu o poder punitivo como instrumento essencial para a garantia de seus fins, dentre os quais sobeja importância à ação mantenedora do contrato social realizada por intermédio do controle social formal. Nessa senda, a pena privativa de liberdade, principal instrumento de atuação do controle social formal, para além de estar inserida no núcleo formador do Estado Moderno, cumpre de forma racionalmente aceitável a substituição da vingança privada pela necessária preservação da sociedade, possuindo, portanto, utilidade social verificável consistente na proteção e no resguardo da ordem jurídica. Dito isso, à definição de limites para criminalização de condutas desviantes torna-se imprescindível submeter o bem jurídico penal à filtragem constitucional, para aferir sua dignidade constitucional, e, igualmente, mensurar a compatibilidade deste com o princípio da necessidade da pena, o qual deve ser compreendido como uma condição da intervenção criminalizadora, sem a qual esta não pode ser realizada. No referido contexto, portanto, é preciso estar ciente de que a evitação penal propugnada pelo referido autor é uma condensação de pensamento destinada a rediscutir os fundamentos do direito de punir.

⁹⁶ Sobre as causas do movimento minimalista, Machado (2012, p. 97) exemplifica três: 1) crise ou deslegitimação do sistema penal; 2) percepção dos vínculos entre o sistema penal e o sistema econômico; 3) insuperável contradição entre o sistema jurídico liberal e os seus processos de encarceramento.

⁹⁷ Acerca da rediscussão dos fundamentos do direito de punir, pode-se vislumbrar em Guimarães (2019) que, dentro da lógica de importância conferida ao bem jurídico penal tutelado constitucionalmente, somente a pena privativa de liberdade pode ser alçada à resposta institucional às condutas que o lesionem, devendo, pois, todas as ações que comportem outros tipos de sanção, como penas alternativas e multas, serem imediatamente descriminalizadas. Veja-se, portanto, que por intermédio da lógica de importância conferida ao bem jurídico penal tutelado constitucionalmente não há compatibilidade, e tampouco proporcionalidade, entre a envergadura constitucional dos bens jurídicos penais e a proteção destes através de penas alternativas de direitos e multa.

Com esse entendimento, vislumbra-se que a evitação penal redireciona a atuação do poder punitivo àqueles casos mais graves em que a importância do bem jurídico afetado conduz à necessidade de aplicação de pena privativa de liberdade⁹⁸.

Do contrário, caberá às demais forças que compõe o sistema jurídico (v.g. Direito Civil, Direito Administrativo, etc.) promover a pacificação social do conflito, pois não é coerente que a imposição de penas alternativas, ou ainda de multas, representem a *ultima ratio* da disciplina social.

Para entender a evitação penal aqui apresentada, é preciso olhar a temática a partir da perspectiva do Direito Constitucional Penal e, logicamente, da ideia de Constituição Penal, mormente na posição que defende ser o Direito Penal o instrumento que tem como objeto específico a defesa do âmago do Direito⁹⁹.

A decorrência lógica do exposto é que, enquanto a diversificação penal – e também os mecanismos de justiça processual penal negociada – mantém o Direito Penal inflacionado, propondo a incidência de penas diversas da privativa de liberdade, a evitação penal, quando fundada na essencialidade do bem jurídico penal constitucional, proporciona uma descriminalização ampla e um consequente aumento de credibilidade do poder punitivo estatal, vez que será capaz de cumprir suas finalidades essenciais¹⁰⁰.

Isto posto, segundo se entende, anda de mãos dadas com a evitação penal a percepção de que somente determinados bens jurídicos, em um espectro bem limitado, devem ser elevados à categoria de constitucionalmente autorizados a serem defendidos pelo Direito Penal, estando tal limitação pautada na exigência de que é necessário para sua defesa, exclusivamente, a pena privativa de liberdade¹⁰¹.

Por essa via, conclui-se, que, paralelamente à necessidade de se refrear o processo contínuo de inflação legislativa em matéria penal, é fundamental trazer para o centro do debate a importância de se apresentar um critério objetivo para a realização da tarefa de escolha dos bens jurídicos merecedores de proteção penal, já que é nesse momento que são inseridas deformidades no Direito Penal contemporâneo¹⁰².

⁹⁸ Para maior aprofundamento, Cfr. Guimarães (2019).

⁹⁹ Dentro dessa concepção, Palma (2006, p. 122).

¹⁰⁰ Nessa linha de entendimento, Palma (2018) e Guimarães (2019).

¹⁰¹ Em riqueza de detalhes, Cfr. Guimarães (2019).

¹⁰² Andrade (2003, p. 175) destaca que o Poder Legislativo é a fonte básica da programação do sistema penal, enquanto que as principais agências de sua operacionalização são a Polícia, a Justiça e o sistema de execução de penas e medidas de segurança, no qual a prisão ocupa um lugar central.

Assim, e a partir da referida demarcação, passarão a ser protegidos os bens jurídicos que constitucionalmente reflitam as liberdades essenciais, que formam e são a razão de existir do Estado de Direito democrático; para que, finalmente, seja possível implementar um Direito Penal minimamente eficaz e, desta forma, se mantenha em vigor a ordem jurídica tão necessária à concreção das promessas desse ente abstrato representativo da multiplicidade e heterogeneidade de vontades que o constituem¹⁰³.

Eis a contramarcha que se põe em curso e que, portanto, requer detido olhar para o bem jurídico penal, o qual a forma de proteção será devidamente apreciada no capítulo final.

¹⁰³ Especificamente, Cfr. Palma (2014).

3. CAUSALIDADE MATERIAL EXTERNA: TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE E CONTROLE SOCIAL.

3.1 Delimitações conceituais e Pesquisa de Campo.

Conforme visto anteriormente, sob o pálio da racionalidade penal moderna, seja por intermédio da teoria utilitária da dissuasão, da teoria retributiva ou expiatória, ou ainda da teoria da readaptação e da neutralização, o direito de punir é colocado na forma de uma obrigação de punir em sentido estrito, desencadeando um processo de empoderamento do sistema penal e edificando-o como um subsistema relativamente autônomo e diferenciado de outros subsistemas jurídicos, em um processo em que o direito se diferencia dentro do direito.

Com essa expressão, rememora-se que a racionalidade penal moderna erige uma forma de pensar o poder punitivo dentro do horizonte da clivagem entre, por um lado, o Direito Penal e, por outro, os direitos civis e administrativos.

Para além disso, sobreleva-se que a racionalidade penal moderna não é, por si só, capaz de dar uma razão universal e coerente para se punir, porquanto sua razão punitiva resulta da aglomeração das supracitadas teorias da pena e, portanto, é menos lógica e menos articulada que estas teorias consideradas de forma isolada.

Entrementes, faz-se necessário expressar, também, que a racionalidade penal moderna vai além do conteúdo das teorias que a constituem, de forma que sua estrutura pode ser vislumbrada em três níveis diferentes: a) um nível micro – representativo do direito de punir; b) um nível meso – representativo das teorias da pena; e, c) um nível macro – representativo da articulação das teorias da pena umas com as outras para formar o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna.

Nesse conduto, quando se fala em sistema de pensamento é necessário ter em conta seu entendimento enquanto conjunto de relações que se mantêm e se transformam independentemente de conexões entre si, porquanto a racionalidade penal moderna equivale a um conjunto de ideias – nem sempre convergentes e nem sempre harmônicas – que é capaz de emanar diretrizes para guiar a ação.

Com isso, não se pode olvidar que a delimitação conceitual de sistema aqui compreendida é, a um só tempo, menos que uma teoria – porque não possui coerência lógica

que essa possui – e mais que as teorias que o constituem, porque possui propriedades novas que emergem de sua organização e unidade global.

Destarte, a racionalidade penal moderna é uma forma de pensar e construir o Direito Penal que assumirá uma forma sistêmica autônoma, uma rede de significados que tem sua própria unidade em termos de conhecimento e que exerce sua influência através da capacidade de naturalizar a estrutura normativa das leis penais e das práticas institucionais.

Por todo o exposto, sintetiza-se que o conceito de racionalidade penal moderna comporta dois sentidos: a) um teórico e formal, que indica um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal; e, b) um empírico e descritivo, que designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico, embora jamais seja inteiramente determinado por uma causalidade material externa, que são as transformações ocorridas na sociedade.

Feito esse esclarecimento, é de fundamental importância aclarar que a definição de racionalidade penal aqui adotada se apoia em um pragmatismo constitucionalizado, ou seja, na comparação entre o que é postulado pelos anseios individuais e coletivos, em sede de controle social por busca de segurança, com as respostas do legislador a tais anseios e com o crivo constitucional que devem sofrer tais medidas, como pressuposto para implementação das mesmas¹⁰⁴.

Dito isso, deve se colocar às claras que o Direito Penal existe para o homem e não o homem para o Direito Penal, de forma que sua utilidade radica justamente na possibilidade de coexistência entre ambos, devendo ser, para além de útil, antropológicamente fundado, dinâmico e efetivo. E esse é o nó górdio para o desenlace da exposição, vez que em não protegendo aquilo que se propõe – ou protegendo apenas formalmente – o Direito Penal torna-se frustrante, gera conflitos e maximiza sua potência repressiva¹⁰⁵.

Sem efetividade o Direito Penal fica sem utilidade, sem um “para quê”, faz maior uso da força para conservar sua vigência e, nesse regresso infinito, se nada irrompe o processo de repressão desmedida o Direito Penal aniquila seu compromisso de estar

¹⁰⁴ Vide, Guimarães (2019, p. 39).

¹⁰⁵ Sobre a temática, em profundidade, Cfr. Zaffaroni (2007). Para o autor referenciado efetividade é função de garantia externa de um âmbito de auto-realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para realizar-se em coexistência. Assim, é efetivo o direito penal capaz de servir de garantia externa de existência.

fundamentado antropologicamente¹⁰⁶, cujas consequências em termos de legitimidade são sinuosas.

Diante dessas premissas, vislumbra-se a criação de um espaço de convívio social em que o exercício de direitos não ceda às expectativas criadas pelo sistema punitivo, enquanto fonte resolutiva de problemas políticos e sociais não equacionados por outras esferas de controle social ou mesmo ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população.

Assim, conquanto esse sistema de pensamento jamais seja inteiramente determinado pela gama de transformações ocorridas na sociedade, é indúvidoso que há um contributo em forma de influxo que o corpo social lhe confere e que retroalimenta e atualiza as práticas oficializadas pelo poder punitivo.

Nesse caminhar, se no primeiro momento da abordagem fez-se necessário traduzir o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna sob a égide da justiça criminal, agora cabe, oportunamente, enquadrá-lo diante das características da sociedade contemporânea.

Com essa tessitura, a abordagem sobre a sociedade contemporânea abre passagem para as formas de controle social e, igualmente, para o debate acerca do bem jurídico penal.

Não se olvide, pois, que o capítulo anterior encerra chamando para o centro do debate a necessidade de restringir e redirecionar as forças do poder punitivo, a qual a contramarcha eleita recai, justamente, sobre o esforço despendido para reduzir a intervenção penal por intermédio da objetivação do conceito de bem jurídico penal que será apresentada no capítulo final.

Ocorre que para se chegar à análise do bem jurídico penal é fundamental antes mensurar como o Direito Penal o protege e, para tanto, importa decalcar a cifra oculta¹⁰⁷ e, em seguida, traduzir suas respostas.

¹⁰⁶ Detidamente sobre a temática, Cfr. Zaffaroni (2007, p. 326).

¹⁰⁷ Mandarino, *et al* (2017, p. 288) explica que o termo “cifra oculta” da criminalidade apresenta-se mais adequado do que o termo “cifra negra”, porquanto este carrega uma carga semântica pejorativa, já que, usualmente, é utilizada para designar algo que não funciona, inútil, esquecido, incapaz, embora alguns autores justifiquem o uso do termo “cifra negra” como expressão de distinção das “cifras cinza” (contingente de crimes sem identificação de autoria) e das “cifras douradas” (criminalidade produzida pela elite, crimes de “colarinho branco”). Desta forma, igualmente fizeram os autores referenciados, evitar-se-á a violência simbólica contida no termo “cifra negra”.

Diante dessa tarefa, e advertidamente, destaca-se que o conceito de cifra oculta adotado é um conceito amplo e que vai ao encontro da compreensão segundo a qual nem todo delito cometido é perseguido, nem todo delito perseguido é registrado, nem todo delito registrado é averiguado pela polícia, nem todo delito averiguado é denunciado, nem toda denúncia é recebida e nem todo recebimento termina em condenação¹⁰⁸.

Ciente de que o processo de criminalização é, em todas as suas fases, criador de cifras ocultas – e, por isso, redutor dos contingentes de criminalidade – a pesquisa realizada debruçou-se sobre os crimes comunicados e não elucidados e utilizou-se do método de análise que interroga as razões que impuseram o não prosseguimento dos Inquéritos Policiais.

Para tanto, valeu-se do campo investigativo ofertado pelo Termo de Ajustamento de Conduta celebrado, no ano de 2016, pelo Ministério Público do Estado do Maranhão – representado pela Procuradoria Geral de Justiça, pela Corregedoria Geral do Ministério Público e pelos Promotores de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial – em conjunto com a Secretaria de Estado de Segurança Pública, a Delegacia Geral de Polícia Civil, a Superintendência de Polícia da Capital e a Corregedoria Geral do Sistema Estadual de Segurança Pública.

O móvel do supracitado Termo de Ajustamento de Conduta (“Mutirão das Delegacias”) consiste no fato de que tem se tornado comum nas Delegacias de Polícia Civil do Maranhão o acúmulo de Inquéritos Policiais sem andamento, seja pela demanda constantemente crescente, seja pelo número limitado de servidores com condições de atender as ocorrências, fato este que vem sendo constatado de longa data pelo Ministério Público Estadual nas Visitas Técnicas que realiza em todos os Distritos Policiais duas vezes ao ano¹⁰⁹.

Desta feita, é consabido que essa problemática prejudica sobremaneira não somente a população, mas, igualmente, todo o Sistema de Justiça, cujo descrédito¹¹⁰ lhe recai na fase mais embrionária e emocionalizada de incidência do poder punitivo, ocasionando, por

¹⁰⁸ Dentro dessa concepção, Andrade (2003, p. 262-263).

¹⁰⁹ Art. 4º, I, da Resolução do CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007.

¹¹⁰ O Relatório sobre o Índice de Confiança na Justiça do Brasil (FGV, 2017, p. 06) aponta dois resultados importantes: 1) queda na avaliação da Justiça, vez que o Índice de Confiança na Justiça do Brasil e os seus subíndices apresentaram uma redução significativa em comparação com anos anteriores; e, 2) queda na confiança da população brasileira em praticamente todas as instituições avaliadas, com destaque para a drástica redução no grau de confiança dos entrevistados no Governo Federal, no Ministério Público e nas Grandes Empresas. Segundo o relatório esse cenário revela a insatisfação da população com os acontecimentos de corrupção e de falta de respostas satisfatórias às suas demandas, redundando, pois, na queda de confiança que afeta os três Poderes da República e a sua relação com o Estado Democrático de Direito.

óbvio, inúmeros transtornos aos servidores públicos que são habitualmente representados por outras autoridades por não cumprirem com suas obrigações em tempo hábil.

Dito isso, o “Mutirão das Delegacias” foi pensado com a finalidade de diminuir ou, se possível, concluir os Inquéritos Policiais sem andamento nas Delegacias de Polícia Civil contempladas pelos supracitado Termo de Ajustamento de Conduta.

Firmes nesse propósito, os Promotores de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial, no exercício do controle externo concentrado¹¹¹ – e antecedidos por um Delegado de Polícia designado exclusivamente para os fins referenciados –, apreciam os Inquéritos Policiais que lhes são remetidos e, em seguida, exaram parecer.

No contexto apresentado, o denominado “Mutirão das Delegacias” forneceu a matéria prima necessária para a investigação acerca da cifra oculta e, assim sendo, foram pesquisados na 24ª Promotoria do Controle Externo da Atividade Policial os Inquéritos Policiais das Delegacias de Polícia Civil integrantes do “Mutirão das Delegacias”¹¹² e que haviam recebido parecer de arquivamento do Ministério Público do Estado do Maranhão no período compreendido entre os anos de 2017 a 2019.

Dentro desse recorte temporal estabelecido, primeiramente foi selecionado o quantitativo de 494 (quatrocentos e noventa e quatro) Inquéritos Policiais. Desse quantitativo 460 (quatrocentos e sessenta) Inquéritos Policiais receberam parecer de arquivamento, 28 (vinte e oito) Inquéritos Policiais foram devolvidos ao Promotor Natural para dar regular andamento ao feito e 6 (seis) Inquéritos Policiais eram pedidos de diligências.

Pormenorizando os 460 (quatrocentos e sessenta) Inquéritos Policiais que receberam parecer de arquivamento, registra-se que foram catalogadas 556 (quinhentos e cinquenta e seis) condutas típicas, sendo que 497 (quatrocentos e noventa e sete) correspondem aos tipos penais dispostos na Parte Especial do Código Penal e 59 (cinquenta e nove) correspondem aos tipos penais dispostos na Legislação Penal Especial.

¹¹¹ Art. 3º da Resolução do CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007.

¹¹² Foram analisados Inquéritos Policiais das seguintes Delegacias: 1º DP (Centro); 4º DP (Vinhais); 5º DP (Cohab); 7º DP (Turu); 9º DP (São Francisco); 10º DP (Bom Jesus); 11º DP (São Cristóvão); 14º DP (Bequimão); 16º DP (Cidade Olímpica); Delegacia Especial da Cidade Operária; Delegacia Especial do Maiobão; Delegacia de Roubos e Furtos; Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente; e, Superintendência de Investigações Criminais.

Alfim, cumpre aclarar que o critério utilizado para selecionar as principais incidências criminais catalogadas consistiu na verificação do alcance de, no mínimo, 1% (um por cento) do total de condutas típicas catalogadas.

Com esse mosaico em mãos, a cifra oculta nos Inquéritos Policiais analisados será apresentada e correlacionada com o já exposto até o presente momento para que a parte propositiva da pesquisa ganhe substância e densidade suficientes.

3.2 Sociedade contemporânea e controle social.

Até aqui foi desenvolvida a ideia segundo a qual a racionalidade penal moderna é o sistema de pensamento dominante do sistema de direito criminal. Contudo, é possível limitá-la somente a esse sistema?

Observando um pouco mais de perto o questionamento realizado não se pode ignorar a relevância do sistema social e do sistema político na atualização dessa racionalidade penal.

Com esse sentir, veja-se que, do alto, a sociedade é uma ilha de tranquilidade. Caseira e agradável à maioria daqueles que a sobrevoam é minuciosa em dissuadir o mar de turbulência e hostilidade que contém.

Sua racionalidade seduz pelos argumentos organizacionais e coletivos da metáfora de um só corpo voltado para as realizações comuns; e, repetidas vezes, o ecoar desse cântico impede o exame de suas minúcias e dos valores da vida que estão em jogo.

Sutil e doce, esse cântico ressoa como um mantra, fazendo transparecer que o contrato social é o ato pelo qual um povo acaba por se constituir, de forma real, como um povo, haja vista que, no Estado do contrato, a soberania do povo como corpo coincide com a vontade de um ser coletivo que só pode ser representado por si mesmo¹¹³.

E, fruto desse mantra, exsurge no pacto social a vontade geral própria desse corpo moral e coletivo, cuja unidade, indivisibilidade e perfeita retidão são características *sine qua non* e, assim, imanentes ou inatas.

¹¹³ Esse o pensamento de Rousseau (2013, p. 359 e ss.). Acerca da percepção de que a “soberania do povo” se confunde com a “soberania nacional”, Cfr. Sieyès (1982).

Contudo – e sem desprezar este legado romântico deixado pelo construtivismo racionalista do Iluminismo –, talvez deva-se conferir razão à visão segundo a qual a sociedade é aquele corpo em cuja proteção abriga-se o horror de sua própria transitoriedade¹¹⁴.

E se diz talvez porque acredita-se necessário fazer a devida atualização conceitual para tornar perceptível que a sociedade contemporânea – “viveiro da segurança” – é insistentemente volátil, sendo, portanto, fundamental compreender que a metáfora do corpo social – enquanto abrigo único¹¹⁵ – apresenta-se aveludada por dentro e áspera e espinhosa por fora¹¹⁶.

Esses limites traçam o horizonte e as linhas divisórias existentes entre o domínio da confiança e do cuidado amoroso ofertados àqueles que conferem coesão ao corpo social e o da suspeição e perpétua vigilância àqueles que realizam o movimento em sentido contrário.

Assim, da dimensão individual à dimensão comunitária¹¹⁷, o corpo social realiza um movimento sonâmbulo em que as ações e interações ocorrem por mimetismo, irrefletidamente. E, nesse contexto, aquilo que sobressalta aos olhos mais atentos é o fato de que, na contemporaneidade, inexistem clareza filosófica nas justificações concedidas e nos limites impostos a todos¹¹⁸.

Apenas deixa-se navegar. Multiplica-se, portanto, a vasta ordem de desejos sociais em uma infinidade de correntes propositivas e ondas domadoras, cujo horizonte, invariavelmente, enreda o binômio liberdade-segurança.

Não obstante, ressoa uma antinomia latente entre ambas, porque a constante oposição com que são apresentadas ao corpo social, amiúde, faz acreditar que não se pode querer mais de uma sem renunciar a um tanto, talvez grande parte, da outra.

¹¹⁴ Especificamente, Durkheim (1972, p. 72 e ss.)

¹¹⁵ Uma opinião em sentido contrário pode ser vislumbrada em Thoreau (2017).

¹¹⁶ Em riqueza de detalhes, Bauman (2001, p. 208 e ss.). Nessa perspectiva e em termos bastante pedagógicos, delinea-se que, se por um lado, o liberalismo clássico traz a conquista da individualidade, por outro, não reconhece a comunidade. E, ao revés, o comunitarismo vem justamente trazer o senso de pertencimento a uma comunidade, porém excluindo quem nela não se encaixa. Para maior aprofundamento sobre as características do Liberalismo e do Comunitarismo, Cfr. Sandel (1996), Rawls (2000) e Walzer (2003).

¹¹⁷ Sobre a ausência ou desintegração entre o sistema de valores e o sistema das normas sociais, Cfr. Durkheim (1972) e Merton (1964).

¹¹⁸ A título de exemplo, veja-se o esforço intelectual de Habermas (1989) dispendido em sua Teoria da Ação Comunicativa, na qual, a partir de categorias ideais, inatas ao porvir, tenta construir um sistema de pensamento, tomando por base uma sociedade que não existe e, paradoxalmente, pensamento este que a tudo serve para justificar. A esse respeito, como exemplo paradigmático na doutrina brasileira, Cfr. Oliveira (2017).

No atual momento de complexificação das sociedades¹¹⁹, esse exercício de guerra entre liberdade e segurança se exaspera e a fenda existente entre elas é potencializada por uma busca desenfreada por mecanismos de proteção – sejam eles de efeito mediato ou imediato o importante é sentir-se seguro!

Desta forma, a linha de trincheira por consecução de segurança assume uma preocupação obsessiva e febril ante a multiplicidade e potencialidade dos riscos que a sociedade atual cria¹²⁰.

Por essa via, transpassa-se da coexistência em nome da liberdade para a coexistência em nome da segurança e, isso se introduz, no contexto contemporâneo, de forma bastante perceptível, em que parte da população não convive diretamente com a violência, mas sim com a sua intensa e exaustiva divulgação nos meios de comunicação, ampliando os seus efeitos e criando um significativo aumento da consciência dos riscos e das violências que são ameaçadoras.

Todo esse contexto leva, de forma avassaladora, à indeterminação do futuro, que por sua vez, conduz à incerteza, caracterizada, principalmente, por se constituir como um perigoso fator de insegurança que conta, na esfera política, com a emocionalização e a moralização do discurso público¹²¹.

Desta feita, conquanto o sistema político seja apenas uma parte complementar da racionalidade penal moderna – porque, de fato, possui inúmeras outras atividades além da criação de crimes e penas –, é indubitável que ele também é fator chave no processo de atualização desse sistema de pensamento¹²².

¹¹⁹ Para maior aprofundamento acerca da sociedade do risco, Cfr. Beck (1998), Buergo (2001) e Cavalcanti (2005).

¹²⁰ Ao discorrer sobre o conceito de Sociedade do Risco – ou de Risco, para alguns autores – Fernandes (2001, p. 46) destaca ser merecedor de atenção o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica, que traz a reboque, invariavelmente, a falácia do seu sistema de cálculo de riscos, que originou, origina, e virá certamente a originar, consequências negativas, dentre as quais aquelas que se direcionam para colocar em perigo a própria continuação da vida no planeta. Em igual sentido, Guimarães e Rego (2008, p. 184) contribuem com a temática advertindo que a expressão sociedade do risco representa uma reviravolta da ideia de risco tradicionalmente moldado sob os alentos de total controle da Modernidade, vez que, os riscos que se podiam calcular na esteira daquele contexto, tornaram-se incalculáveis e imprevisíveis na sociedade dos riscos contemporâneos.

¹²¹ Indubitavelmente a mídia exerce inúmeras funções dentro do corpo social e, por óbvio, são bem mais complexas e sutis em seus desideratos que a mera função comunicativa. Nessa linha de pensamento, Cfr. Silva (2004, p. 89 e ss.). Cfr. Batista (2002, p. 271), que, de forma perspicaz, observa que, para além da função comunicativa, a incerteza, a insegurança e o medo do outro que está ao redor são sementes plantadas pelos meios de comunicação social e pelos titulares de cargos políticos, em função de interesses escusos que alavancam uma série de crenças e encobrem um silêncio sorridente sobre as informações que as desmintam. Para maior aprofundamento no tema, Cfr. Fernandes (2001) e Guimarães (2010).

¹²² Em profundidade, Pires (2002, p. 16).

E assim o realiza à medida que ignora as possibilidades de impor contramarchas ou, ainda, a partir das ideias contidas em seus eixos de pensamento, mais especificamente, *verbi gratia*, quando fundamenta mudanças normativas destinadas a promover um aumento de pena, a criar um novo tipo penal, a revisar critérios de execução das penas, etc.

Todos esses movimentos legislativos estão intimamente ligados com as reações do corpo social aos eventos criminosos que lhe arrepiam a realidade ou mesmo com aqueles que habitualmente são cometidos.

Assim sendo, seja como forma de combater os comportamentos desviantes que “estão na moda”, seja como forma de um compromisso urgente com demandas específicas, ou, ainda, como forma de repelir aquilo se julga intolerável, haverá uma justificativa teórica capaz de apaziguar os ânimos e que, por óbvio, não redunde em problemas ao sistema político.

O terreno é extremamente fértil para o viés colonizador apresentado porque não é de se imaginar que o sistema político proponha algo que divirja da imperiosidade de golpear com força o mal cometido.

Nessa relação de simbiose entre o sistema político e o corpo social, este ganha destaque por fomentar a produção legislativa em matéria penal e, igualmente, por clamar severidade ao sistema penal, o qual o estado de espírito reflete a clara mensagem que lhe é transmitida.

Por evidente, com isso não se quer dizer que a gama de influxos do corpo social que redundam em atuação do poder punitivo necessariamente ensejem efeitos perversos, até porque essa assertiva demandaria esforço empírico não empreendido pela obra.

Todavia, deve-se sobrelevar que o sistema penal promove, com integração do corpo social, um curioso tipo de reivindicação de direito, uma reivindicação negativa de direito: o direito de o acusado sofrer como uma forma de autoestima para o corpo social, de estima por valores ou de proteção imaginária¹²³.

Esse direito ao sofrimento transforma-se em contrapartida do bem negativo distribuído e prometido pelo sistema penal, de forma que o estigma e o sofrimento solicitados pelo corpo social, ou a ser imposto pelo sistema penal, nunca serão suficientes para compensar perdas e prevenir riscos¹²⁴.

¹²³ Sobre o tema, Pires (2001a, p. 37).

¹²⁴ Dentro dessa concepção, Sack (1968, p. 469).

Não por acaso se diz que o constrangimento das democracias contemporâneas reside na invenção de um simples direito ao bem-estar antissocial dos outros, um direito puramente contra a pessoa, que não reconhece a existência de um nós – de um pertencimento – que inclua a pessoa desviante¹²⁵.

Nesse ambiente, em que o corpo social, o sistema político e o sistema penal interagem para multiplicar reprimendas ou agravar a severidade daquelas já existentes, a violência, concretude da insegurança, então passa a apresentar uma natureza subjetiva, passa a ser também um sentimento.

E o sentimento de estar exposto, fragilizado, expressa uma subjetividade que é resultado da violência real, mesmo quando esta insegurança objetivamente não existe.

Vive-se, então, sob a sensação subjetiva do medo¹²⁶! E, desta forma, o indivíduo passa a se sentir mais vulnerável aos perigos do que efetivamente está sob o risco de sofrer alguma violência¹²⁷.

A essa realidade o controle social é apresentado e se lhe atribui a tarefa de promover estabilidade a um corpo social cada vez mais cada vez mais dinâmico e antagônico em seus interesses e expectativas.

Nesse espaço, o âmbito de resolutividade do controle social bifurca-se e conduz a soluções significativamente distintas para a consecução da almejada pacificação social dos conflitos¹²⁸.

A primeira das soluções ofertadas pelo controle social realiza-se de forma difusa, pela moralidade coletiva defendida pelo próprio corpo social, enquanto que a segunda solução ofertada é efetivada institucionalmente pelo Estado, através de relações verticais com a sociedade civil.

¹²⁵ Nessa linha de entendimento, Mead (1918, p. 586).

¹²⁶ Para que a abordagem acerca da subjetivação do medo seja a mais adequada possível é preciso não olvidar que, além de artificialmente arquitetada, esta sofre influxos diferenciados à compreensão e enfrentamento dos fenômenos desviantes causadores de temor social. Assim, a criminologia, enquanto ciência obstinada em compreender as causas ensejadoras da conduta delitiva, pode ofertar soluções distintas para a contenção de cada tipo de delinquente. Desta forma, segundo observa Garland (2002, p. 86), a criminologia oficial – cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente – pode ser dividida em “criminologia de si” e “criminologia do outro”. Assim, enquanto a primeira é invocada para trivializar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva, a segunda tende a demonizar o criminoso, estimulando os medos e as hostilidades populares defendendo intransigentemente a ideia, segundo a qual, o Estado deve punir mais.

¹²⁷ Acerca do assunto, Dornelles (2002, p. 123 e ss.). Acerca das tendências mundiais do poder punitivo, Cfr. Zaffaroni (2007).

¹²⁸ Sobre a existência de controle em todas as sociedades organizadas, Cfr. Foucault (2003) e Garland (1999).

Com esse delineamento, constata-se que o controle social informal é subliminar e ocorre de cidadão para cidadão, sendo pautado na história de cada povo, nos seus costumes e tradições, sem a interferência cogente do Estado. Assim realiza-se pela família, pela comunidade, pela religião, pela escola, pelas empresas, dentre outras instituições não necessariamente pertencentes ou ligadas a organismos oficiais. De outro lado, o controle social formal é exercido, ou deveria ser, exclusivamente pelo Estado, pelas mãos das instituições a quem preliminarmente é atribuída essa competência por força de lei¹²⁹.

Isso significa, em todo caso, que diante de qualquer situação conflituosa a solução pela via institucionalizada pelo Estado é somente uma das possíveis.

Ocorre que, primordialmente, a via eleita é a institucionalizada através do sistema penal, o que, de fato, conduz a um inquestionável efeito negativo que consiste na exclusão das outras soluções possíveis.

Nesse caminhar, tão certo quanto o fato de que o sistema penal é parte do controle social – que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo –, é o fato de que o Direito Penal ocupa somente um lugar limitado dentro deste sistema, sendo indispensável manter a racionalidade acerca do dimensionamento de seu campo de controle, a fim de que enganos onipotentes não produzam efeitos paradoxais¹³⁰.

E, com esse sentir, pela importância da assertiva, cumpre rememorar que o Direito Penal atua sobre as consequências e não sobre as causas da violência, sobre comportamentos que levam aos conflitos e não em razão da origem de tais comportamentos, intervindo sobre pessoas e não sobre situações, sempre reativamente, nunca preventivamente; ou seja, depois que as consequências do delito já se produziram e não podem mais ser eliminadas, quando muito, reparadas¹³¹.

¹²⁹ Em profundidade, Guimarães (2013, p. 547).

¹³⁰ Se é certo que há justaposição entre o controle social informal e o controle social formal – e, igualmente, que há uma relação de subsidiariedade entre este controle social e aquele –, não menos certo é o fato de que, em conformidade com Muñoz Conde (2012, p. 25-26), dentro do controle social a norma penal e todo o sistema jurídico-penal ocupam apenas um lugar secundário, puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. Desta feita, para o autor citado, a norma penal não cria novos valores, tampouco constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano em sociedade. De forma que, entende ser inimaginável um Direito Penal completamente desconectado das demais instâncias de controle social, razão pela qual afirma que o Direito Penal não é mais que a parte visível – a mais tétrica e terrível, quiçá – do iceberg que representa os diversos mecanismos de controle do indivíduo na sociedade – conquanto não seja o único, nem o mais importante.

¹³¹ Especificamente, Cfr. Baratta (1993, p. 50-51).

Diante desse quadro, necessita-se, pois, criar um espaço de ordem pública¹³² em que o exercício de direitos não ceda às expectativas criadas pelo Direito Penal, enquanto fonte resolutive de problemas políticos e sociais não equacionados por outras esferas de controle social ou mesmo ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população.

Nesse ofício deve-se reconhecer que a tarefa é árdua e que o controle social informal pouco tem conseguido colaborar, vez que as mazelas da pobreza, das péssimas condições de vida, do enfraquecimento dos laços sociais, da insegurança objetiva¹³³ e do sentimento de insegurança laboram em desfavor do convívio social pacífico, cortês¹³⁴.

E, como efeito de ordem consequencial, exsurge a incivilidade, comportamentos violentos ou comportamentos criminosos que ratificam o entendimento segundo o qual a escola, a família, a religião, as relações comunitárias, entre tantas outras instituições pertencentes ao largo espectro do controle social informal, não têm conseguido atender essa demanda, qual seja, a de introjetar nas pessoas o respeito às normas de boa convivência social¹³⁵.

Por óbvio, comunga desses problemas de socialização todo o corpo social não somente enquanto ambiente em que se desenvolvem tais comportamentos, mas, igualmente, enquanto exerce, ou deveria exercer, a parcela do controle social informal que lhe incumbe.

Nessa repartição de problemas de socialização, já que a família e a escola não conseguem educar e socializar, já que a moral religiosa ou coletiva da comunidade não constrange a ação criminosa e que, tampouco, o Estado consegue promover uma terapêutica social inclusiva, acaba-se por atribuir ao poder punitivo funções penais diversas daquela que corresponde à sua essência.

¹³² Para Oliveira (2015) a ordem pública e a sua manutenção são uma tarefa do Estado movida pelo conjunto dos poderes públicos, ou seja, o poder legislativo, o poder judicial e o poder executivo; seja legislando com o objetivo de manter a ordem pública ou julgando os infratores que desrespeitaram a leis conducentes a assegurar a ordem pública, os vários poderes estão concordantes com o objetivo de manter a ordem pública na sociedade. É, no entanto, ao poder executivo, ou seja, ao Governo que compete a responsabilidade pela manutenção da ordem pública, através delineação de estratégias e modalidades de ação consentâneas com as diferentes problemáticas". Para maior aprofundamento sobre o conceito de ordem pública, Cfr. Araújo Filho (2003).

¹³³ Baratta (1993, p. 54) ressalta que a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade – devido à atitude de pessoas e não a existência de conflitos sociais – produz um desvio de atenção do público e direciona o olhar deste para o ‘perigo da criminalidade’ ou para as chamadas ‘classes perigosas’, quando, em verdade, deveria dirigir-se à violência estrutural. Com isso, a violência criminal adquire, por intermédio da atenção do público, a dimensão que deveria corresponder à violência estrutural e contribui para ocultá-la e perpetuá-la.

¹³⁴ Para aprofundamento no tema, Cfr. Beck (1997) e Bauman (1998).

¹³⁵ Nessa linha de entendimento, Guimarães, *et al* (2018, p. 126 e ss).

Assim, atribui-se à pena as finalidades contingentes de dissuadir, reafirmar o valor da norma, ressocializar, etc¹³⁶. Quando, em verdade, a única função que legitima – ou deveria legitimar – a aplicação da pena, intrinsecamente vinculada ao fundamento de existência do Estado, é a proteção e a manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, da disciplina social.

Como decorrência lógica, acaso a execução da pena consiga (res) socializar¹³⁷ o infrator, neutralizá-lo ou mesmo venha a intimidar outras pessoas para não cometerem delitos, essas demais funções devem ser concebidas como derivadas, o que significa que não fundamentam nem legitimam a aplicação da pena, sendo, portanto, contingentes¹³⁸.

Dessa forma, os efeitos contingentes da pena podem ser desejados e, inclusive, concretizarem-se. Todavia, não podem ser concebidos como fatores legitimantes, isso porque há uma clara incongruência semântica entre a ideia ressocializadora e a inflição do mal punitivo. Assim sendo, a educação deve ficar a cargo da rede pública de ensino, a saúde sob a responsabilidade dos hospitais públicos e a seguridade social deve ser garantida pelo INSS, enquanto a proteção contra atos que atentem contra a própria existência da sociedade organizada deve ficar sob a responsabilidade do sistema de controle social formal, ou seja, o sistema penal¹³⁹.

Essa delimitação é de fundamental importância para a movimentação da engrenagem da contramarcha do poder punitivo, tanto porque aloca em seu devido lugar o controle social formal quanto porque compartilha com o corpo social e com os organismos informais que o compõem a responsabilidade pela disciplina social¹⁴⁰.

¹³⁶ Sobre a temática das finalidades contingentes da pena, Cfr. Guimarães (2019).

¹³⁷ Baratta (1991, p. 253-255) reconhece que a pena somente cumpre o papel de neutralização do indivíduo, já que comprovadamente inexistente a possibilidade ressocializadora do cárcere. Todavia, não desiste de alcançar tal resultado, pois o fim reintegrador não deve ser abandonado. Ao revés, assevera que este deve ser perseguido por intermédio de uma perspectiva diversa da pena, já que, para efeitos de ressocialização, o melhor cárcere é o que não existe.

¹³⁸ Acerca da temática, Guimarães (2019, p. 155).

¹³⁹ Cfr. Guimarães (2013, p. 574).

¹⁴⁰ Ainda sobre a temática do controle social informal, Viana (2002, p. 171-172) apregoa que este pode constituir excelente barreira à prevenção do comportamento desviante, seja porque atua, em regra, de modo preventivo, seja porque é capaz de impactar sobre a estruturação do controle interno do indivíduo, daí ser extraordinário o papel que a família, a escola e a educação, por exemplo, podem desempenhar no controle da criminalidade. Entretanto, o autor referenciado adverte que o controle formal sem o informal teria, quando muito, um efeito medíocre; e o controle informal sem as instâncias formais poderia tornar-se estéril, razão pela qual aduz ser possível falar em justaposição dos controles, afinal – ao menos no plano das hipóteses – o controle social formal somente entrará em ação quando o informal falhar.

Observando dessa forma, é possível vislumbrar que existem outras maneiras de promover a pacificação social dos conflitos e que a obrigatoriedade da pena privativa de liberdade e a sobrevalorização do sofrimento no cárcere não podem ser concebidas como mecanismos de inclusão social, porquanto manifesta a incongruência teórica e material entre o meio utilizado e os fins almejados¹⁴¹.

Em esforço de síntese, foi exposto que o sistema social e o sistema político, igualmente ao sistema de direito criminal, embora em intensidade e autonomia diversas, promovem atualizações ao sistema de pensamento criado pela racionalidade penal moderna, cujo espaço comunicacional do corpo social excede o âmbito estrito da teoria da pena para alcançar documentos políticos-administrativos de reformas de prisões, relatórios de comissões de reforma do direito, comunicações do sistema de mídia e o clamor social decorrente de crimes de repercussão, de forma que, nesse intercâmbio de ideias destinadas a proteger o corpo social, é constantemente atualizado o círculo conceitual que atribui sentido à punição¹⁴².

Desta forma, em um ambiente em que o controle social formal suplanta políticas sociais e de seguridade, a sociedade contemporânea valendo-se, de um lado, dos eixos relativos a orientações legislativas, judiciais e correccionais e, de outro, do eixo relativo às orientações sociais, preventivas e de segurança, revigora o sistema de pensamento da racionalidade penal moderna ao promover o rigor da pena e o encarceramento desmedido.

Há, pois, diante dessas transformações, sinais claros da passagem “de um estado social a um estado (social) seguro” que reduz cada vez mais o significado da palavra segurança à dimensão repressiva e que exige punição como uma política de redução de risco¹⁴³.

Assim, o incremento intencional da “hipersensibilidade à insegurança” acompanhada de uma “forte exigência repressiva” aponta para “o desafio que é distribuir segurança sem cair na insegurança difusa”¹⁴⁴.

¹⁴¹ Rivera Beiras (1996, p. 106) adverte que o cárcere – assim como as normas que o sustentam – não pode ser compreendido em sua verdadeira dimensão se não se admitir que o mesmo não é mais nem menos que a representação de uma das diversas estratégias de controle social/penal de um determinado Estado. Complementarmente, Rusche e Kirchheimer (1999, p. 18; 32) observam que todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção e que, quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais severos eram os castigos, os quais tinham a finalidade de dissuadir a prática de crimes.

¹⁴² Nessa linha de entendimento, Pires (2002, p. 16-17).

¹⁴³ Especificamente, Cfr. Mary (2001, p. 145).

¹⁴⁴ Sobre o assunto, Bauman (1998, p. 175). O autor referenciado destaca, ainda, que os Estados-nação têm investindo maciçamente em um movimento de ordem e segurança na forma de uma lei aterrorizante e ameaçadora que afeta, principal e costumeiramente, as classes mais pobres da sociedade. Sob a mesma perspectiva, Wacquant (2001, p. 11) chama a atenção para o surgimento de um “novo senso comum criminoso que visa criminalizar a miséria”. Acerca da temática do crime como horizonte construído, Cfr. Guimarães e Rego (2011).

Enfim, para o redimensionamento do sistema de direito criminal, o cálculo da pena privativa de liberdade, para além da necessidade de ser utilizada como último recurso, deve ser comprometida com o Estado Social e Democrático de Direito para que resulte em um sistema penal mais justo, igualitário, mínimo e que respeite os direitos humanos, sem olvidar, sobretudo, do percurso histórico do cárcere e de suas finalidades encobertas¹⁴⁵.

3.3 Cifra oculta e os obstáculos para o exercício de um controle social formal racional.

No ponto de ancoragem em que se encontra o presente estudo, sobressai um estado de espírito que aponta para uma situação crítica em que a anamnese do poder punitivo diagnostica um sintoma que expõe um sistema de pensamento que reage ao crime desprezando sua origem e reitera a inflição de dor sem sentido.

Há, nesse circuito, um mecanismo que, sem conferir a devida importância às novas perguntas acerca dessa racionalidade em curso, apresenta respostas repetidas em nome de uma segurança discursiva e arbitrária destinada a ignorar o estado de crise em que se encontra.

Em outros termos, a dor e a morte que o sistema punitivo semeia é tão carente de racionalidade que o discurso jurídico-penal não consegue ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu obsoleto arsenal de racionalizações reiterativas¹⁴⁶.

Para demonstrar esse panorama, há aqui um toque de realidade propiciado pela cifra oculta investigada e pelo cotejamento desta com dados estatísticos produzidos em sede de análise da criminalidade.

Com esse desígnio, todo o anteriormente exposto alicerça a constatação maciçamente conhecida e propalada de que o crime é uma construção jurídica e social.

Assim, distanciando-se de uma realidade ontológica do crime e correlacionando-o com os mecanismos disciplinares recepcionados pelo corpo social, a proteção e a manutenção

¹⁴⁵ Em profundidade, Guimarães (2018, p. 362). Para Karam (1994, p. 116) a pena somente pode ser explicada em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder, contribuindo para manutenção das relações desiguais de propriedade e acesso aos bens, as quais na maioria das vezes se constituem em necessidades fundamentais.

¹⁴⁶ Em riqueza de detalhes, Zaffaroni (1991, p. 12).

da ordem jurídica conferem significado ao ambiente em que são balizadas condutas pessoais e sociais.

Por isso a importância de serem compreendidos os meandros em que se inserem o controle social informal e o controle social formal, porque, para além da necessidade incontestada de redução da desigualdade no plano material, deve ser refutada a correlação “mais presos equivale a menos delitos”¹⁴⁷, já que a eficaz prevenção do crime independe da maior efetividade do controle social formal, mas, isto sim, da melhor integração ou sincronização de ambas as instâncias¹⁴⁸.

Assim, a prevenção do dia-dia, realizada pelo controle social informal, deve ser tão importante quanto a constatação de que o controle social formal é seletivo, discriminatório, estigmatizante e pouco eficiente¹⁴⁹.

Ocorre que, embora a supracitada constatação seja renitente, há um dilema que enreda o Estado e que consiste, de um lado, no reconhecimento da necessidade de abandonar a reivindicação de ser o provedor primário e eficaz de segurança e controle do crime e, de outro, em assumir que os custos políticos desse abandono são potencialmente desastrosos¹⁵⁰.

Nesse contexto, o fenômeno da cifra oculta expõe a defasagem entre a criminalidade real e a criminalidade estatística, a qual pode ser expressada através da porcentagem de crimes não comunicados¹⁵¹ ou pelo percentual de crimes comunicados e não elucidados¹⁵².

Assim, sobreleva-se que a análise sobre o quantitativo de 460 (quatrocentos e sessenta) Inquéritos Policiais com parecer de arquivamento relativo aos anos de 2017 a 2019 corresponde à parcela de crimes comunicados e não elucidados pela polícia¹⁵³.

¹⁴⁷ Sobre a maximização do Estado Penal, Cfr. Guimarães (2006).

¹⁴⁸ Nessa linha de entendimento, Garland (2008, p. 125).

¹⁴⁹ Sobre a temática, Cfr. Baratta (2011).

¹⁵⁰ Dentro dessa concepção, Garland (2008, p. 249).

¹⁵¹ O Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), no ano de 2013, ao considerar as doze ocorrências que mais sofrem registro policial (furto e roubo de automóveis, furto e roubo de motocicletas, furto e roubo de objetos ou bens, sequestro, fraudes, acidentes de trânsito, agressões, ofensas sexuais e discriminação), constatou que apenas 19,9% das vítimas levaram os fatos a conhecimento dos órgãos policiais, dados estes que permitem concluir que a subnotificação anual para vitimização no Brasil é de 80,1%. Esses números são ainda mais expressivos, tratando-se de fatos criminosos que chegaram ao conhecimento da autoridade policial: em 61,6% deles os autores dos delitos ou ofensas não foram identificados (MANDARINO, *et al.* 2017, p. 282).

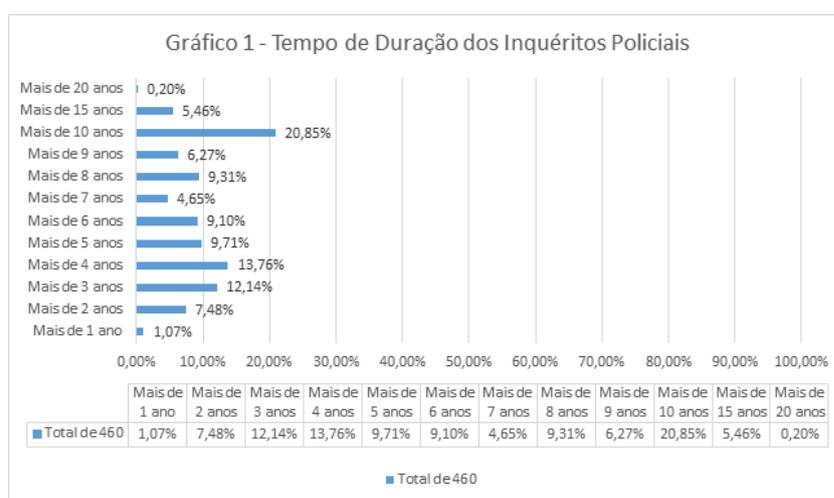
¹⁵² Especificamente, Cfr. Andrade (2003, p. 261). Um estudo aprofundado sobre o assunto desenvolvido pode ser encontrado em Freitas e Faleiros Júnior (2011, p. 87).

¹⁵³ Shecaira (2014, p. 54) destaca que a criminalidade estatística não é um retrato da criminalidade real, mas o resultado de um complexo processo de refração, o qual é influenciado por diversos fatores, tais como: a existência maior ou menor de comunicação dos delitos; a percepção social da eficiência do sistema policial e judicial; a

A referência é importante porque conduz à técnica utilizada para mensurar a delinquência oculta, já que, entre a autoconfissão, a pesquisa de vitimização e a coleta de informações criminais, optou-se pelo método de análise que interroga as razões que impuseram o não prosseguimento dos Inquéritos Policiais¹⁵⁴.

Veja-se, pois, que a centralidade da abordagem se desenvolve a partir da interpretação de dados relativos ao registro de entrada no sistema de controle formal, sem que isso, por evidente, constitua óbice ao cotejo, exemplificativo, com dados relativos ao registro de saída do sistema, cômico de que a ocultação do delito irá variar em virtude da instância em que é produzido o dado estatístico e que o processo de criminalização é, em todas as suas fases, criador de cifras ocultas e, por isso, redutor dos contingentes de criminalidade¹⁵⁵.

Nesse percurso, a primeira abordagem realizada pela pesquisa de campo recai sobre o tempo de duração dos Inquéritos Policiais e demonstra, conforme o gráfico abaixo, que o item “mais de 10 anos” – o qual corresponde àqueles Inquéritos Policiais compreendidos no interregno de 10 anos e um dia até 15 anos –, prepondera sobre os demais apresentando valor percentual de 20,85% (vinte vírgula oitenta e cinco por cento).



Fonte: Pesquisa de Campo, São Luís, 2021.

seriedade ou o montante envolvido no crime; o fato de o crime implicar ou não numa situação socialmente vexatória para a vítima (estupro, estelionato, etc.); o grau de relacionamento da vítima com o agressor; a experiência pretérita da vítima com a polícia; o bem subtraído possuir ou não seguro; o policial passar no local exatamente no momento da atividade criminosa; etc.

¹⁵⁴ Cfr. Cervini (1992, p. 218-220) e Shecaira (2014, p. 72). Em profundidade, Cfr. Anyar de Castro (1983, p. 81), a qual utiliza a nomenclatura “técnica do seguimento operativo dos agentes de controle social (polícias e tribunais)” para estudar as causas reais de vulnerabilidade e de disfunções de todos os segmentos do sistema penal.

¹⁵⁵ Dentro dessa concepção, Andrade (2003, p. 262-263). Acerca da abordagem, Baratta (1987, p. 07) afirma que uma ínfima parcela dos criminosos, que não chega a 1% da criminalidade real, tem a sentença penal condenatória transitada em julgado. Isso porque, há uma inadequação, um enorme desencontro no sistema penal entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos de que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária).

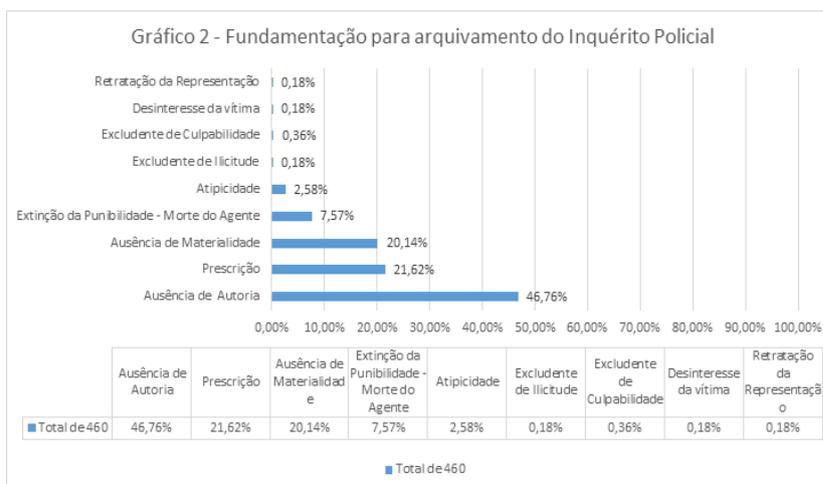
Para além disso, pode-se extrair do supracitado gráfico que a soma dos quantitativos contidos nos itens “mais de 3 anos”, “mais de 4 anos”, “mais de 8 anos” e “mais de 10 anos” equivalem à 56,06% (cinquenta e seis vírgula zero seis por cento) dos Inquéritos Policiais pesquisados e possuem estreita correlação com as razões aferidas para o arquivamento destes, porquanto os percentuais representados conferem notoriedade à prescrição da pretensão punitiva constante do art. 109 do Código Penal.

Ademais, acrescenta-se os longos anos de duração dos Inquéritos Policiais aguçam o sentimento de descrédito nas instituições que compõem o sistema de justiça¹⁵⁶ porque o caso levado à solução institucionalizada permanece irresoluto e o conflito social ocasionado pelo delito prossegue sem ser pacificado.

Desta feita, se é certo que as respostas conferidas pelo poder punitivo desagradam a todos que dele participam, não menos certa é a constatação de que o silêncio retumbante do poder punitivo sobre as demandas que lhe são apresentadas sepulta o fio de esperança que permeia a parcela do corpo social que ainda crê em uma resolutividade amplamente propalada por esse sistema.

Noutro giro, agora acerca dos fundamentos para o arquivamento dos Inquéritos Policiais, de acordo com aquilo que foi antecipado, a pesquisa de campo constatou que as três principais causas referenciadas são ausência de autoria, prescrição e ausência de materialidade, as quais correspondem a 88,52% (oitenta e oito vírgula cinquenta e dois por cento).

¹⁵⁶ Exemplificando o descrédito que recai sobre as instituições que compõem o sistema de justiça referencia-se que o Relatório sobre o Índice de Confiança na Justiça do Brasil (2017, p. 14) demonstra que, de 2013 a 2017, “a confiança no Judiciário caiu 10 pontos percentuais, passando de 34%, em 2013, para 24%, em 2017. Esse dado é significativo, considerando-se que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça. As instituições mais confiáveis do país também foram mal avaliadas, especialmente a partir de 2014. A confiança nas Forças Armadas caiu de 68%, em 2014, para 56%, em 2017, apresentando uma queda de 12 pontos percentuais. No mesmo período, a confiança da população na Igreja Católica caiu de 59% para 53%. As instituições que tiveram maior queda no seu grau de confiança foram: o Governo Federal, o Ministério Público e as Grandes Empresas. A confiança no Governo Federal caiu 23 pontos percentuais de 2014 a 2017, passando de 29% para 6%. O Ministério Público foi a segunda instituição mais afetada, uma vez que a confiança nesta instituição diminuiu 22 pontos percentuais: em 2014, a confiança era de 50%, em 2017, chegou a 28%. A confiança nas Grandes Empresas também sofreu uma queda de 14 pontos percentuais, passando de 43% para 29%. A confiança no Congresso Nacional caiu 12 pontos percentuais e a confiança na Polícia caiu 10 pontos percentuais, no período de 2014 a 2017. A confiança na Imprensa escrita, nas Emissoras de TV e nos Partidos políticos se manteve estável nos últimos cinco anos”.



Fonte: Pesquisa de Campo, São Luís, 2021.

Nessa senda, cumpre destacar que os quantitativos referentes à ausência de autoria e à ausência de materialidade correspondem ao requisito da justa causa (art. 395 do Código de Processo Penal)¹⁵⁷ para o exercício da ação penal e são expressadas através do percentual de 66,9% (sessenta e seis vírgula nove por cento) dos Inquéritos Policiais investigados.

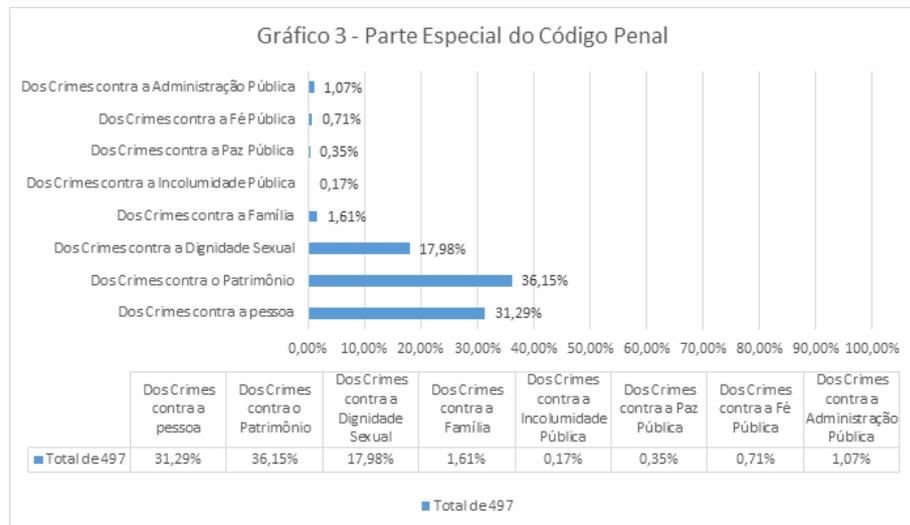
Ao seu tempo, quanto ao fundamento da prescrição, destaca-se que a pesquisa de campo também verificou que está contido no percentual de 21,62% (vinte e um vírgula sessenta e dois por cento) o quantitativo referente àqueles agentes menores de 21 (vinte e um) anos que foram beneficiados com a redução do prazo prescricional do art. 115 do Código Penal, os quais correspondem a 2,03% (dois vírgula zero três por cento).

Quanto à extinção da punibilidade pela morte do agente o contingente de 7,57% (sete vírgula cinquenta e sete por cento) expressa-se, sobretudo, na investigação dos crimes contra a vida, especificamente no crime de homicídio.

Nesse conduto, ainda quando o Inquérito Policial conseguia superar todos os entraves que obstaculizavam a individualização da autoria, chegava-se tardiamente ao autor do delito, porque a brevidade da carreira criminosa não hesita; e isso se dá em um ambiente bastante conhecido, no qual o enfrentamento de facções é a tônica que os enreda.

¹⁵⁷ Sobre um conceito mais abrangente de justa causa, Cfr. Moura (1997).

Por fim, os gráficos 6 e 7 encerram a pesquisa de campo desenvolvida e fornecem aquilo que faltava para as considerações acerca do bem jurídico penal, conforme se depreende a seguir.



Fonte: Pesquisa de Campo, São Luís, 2021.

Sobre a perspectiva apresentada, cumpre aclarar que, do total de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) condutas típicas catalogadas pela pesquisa, 497 (quatrocentos e noventa e sete), ou seja, 89,38% (oitenta e nove vírgula trinta e oito por cento) correspondem aos tipos penais dispostos na Parte Especial do Código Penal, sendo que as principais incidências criminais¹⁵⁸ identificadas na Parte Especial do Código Penal referem-se aos crimes de homicídio, lesão corporal, maus tratos, ameaça, furto, roubo, apropriação indébita, estupro, estupro de vulnerável e abandono material¹⁵⁹.

Realizado esse esforço, é hialino que o maior número de incidências criminais verificadas pela pesquisa de campo está repartido entre o Título dos Crimes Contra a Pessoa (Título I), o Título dos Crimes Contra o Patrimônio (Título II) e o Títulos dos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI), os quais somam o valor percentual correspondente a 85,42%

¹⁵⁸ O critério utilizado para selecionar as principais incidências criminais consistiu na verificação do alcance de, no mínimo, 1% (um por cento) do total de condutas típicas catalogadas.

¹⁵⁹ Considerando o *quantum* de crimes verificados nessa parte do estudo, a pesquisa de campo realizada permite constatar que o crime de homicídio corresponde a 22,13%, o crime de lesão corporal a 6,23%, o crime de maus-tratos a 1,25%, o crime de ameaça a 1,81%, o crime de furto a 12,47%, o crime de roubo a 22,93%, o crime de apropriação indébita a 2,69%, o crime de estupro a 4,13%, o crime de estupro de vulnerável a 10,79% e o crime de abandono material a 1,60%.

(oitenta e cinco vírgula quarenta de dois por cento) das condutas típicas catalogadas pela pesquisa¹⁶⁰.

Refinando ainda mais os dados coletados durante a pesquisa de campo, os crimes de homicídio, lesão corporal, maus tratos, ameaça, furto, roubo, apropriação indébita, estupro, estupro de vulnerável e abandono material podem ser detalhados da seguinte forma: a) homicídio: 14,08% para homicídio na forma do *caput* do art. 121 do Código Penal , 4,02% para homicídio qualificado, 0,20% para homicídio culposo e 3,82% para homicídio tentado; b) lesão corporal: 1,43% para lesão corporal na forma do *caput* do art. 129 do Código Penal , 2,33% para lesão corporal grave, 0,53% para lesão corporal gravíssima, 0,71% para lesão corporal culposa e 0,53% para lesão corporal decorrente de relações domésticas; c) maus-tratos: 0,53% para maus-tratos na forma do *caput* do art. 136 do Código Penal , 0,35% para maus-tratos qualificado pela lesão grave e 0,71% para maus-tratos praticado contra pessoa menor de 14 anos; d) furto: 5,39% para furto na forma do *caput* do art. 155 do Código Penal , 0,89% para furto praticado durante o repouso noturno, 0,35% para furto privilegiado e 4,49% para furto qualificado; e) roubo: 2,87% para roubo na forma do *caput* do art. 157 do Código Penal , 0,71% para roubo impróprio, 10,79% para roubo majorado pelo concurso de agentes, 1,43% para roubo majorado pelo emprego de arma de fogo, 2,69% para roubo qualificado pelo resultado, 0,35% para tentativa de roubo majorado pelo concurso de agentes; 0,35% para tentativa de roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo e 0,17% para latrocínio tentado; f) apropriação indébita: 1,07% para apropriação indébita na forma do *caput* do art. 168 do Código Penal e 1,61% para apropriação indébita majorada em razão de ofício, emprego ou profissão; g) estupro: 2,87% para estupro na forma do *caput* do art. 213 do Código Penal , 0,53% para estupro qualificado pela lesão, 0,17% para estupro com violência presumida e 0,53% para estupro tentado; h) estupro de vulnerável: 9,89% para estupro de vulnerável na forma do *caput* do art. 217-A do Código Penal e 0,89% para estupro de vulnerável tentado.

¹⁶⁰ Ilustrativamente, destaca-se a verossimilhança que existe entre os dados da cifra oculta analisada nesta pesquisa de campo e aqueles atinentes à pesquisa realizada, em 2009, com 316 (trezentos e dezesseis) sentenciados que cumpriam pena privativa de liberdade na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA). Isso porque na pesquisa realizada em Pedrinhas o percentual referente aos Crimes Contra a Pessoa (Título I), aos Crimes Contra o Patrimônio (Título II) e aos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI) correspondem a 76,26% (setenta e seis vírgula vinte e seis por cento) das infrações penais cometidas pelos detentos entrevistados. Com essa aproximação identitária entre os crimes que ingressaram no sistema penal e aqueles que são executados pelo sistema penal pretende-se conferir relevo não apenas a preponderância dos mesmos bens jurídicos lesados; mas, igualmente, ao fato de que esse espelhamento permite constatar que os crimes executados pelo sistema penal representam apenas uma parcela reduzidíssima daqueles cometidos. Em profundidade sobre os resultados alcançados pela pesquisa realizada na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA), Cfr. Guimarães e Rego (2011).

Nessa senda, corroborando com os dados relativos às principais incidências criminais catalogadas na Parte Especial do Código Penal, sobreleva-se que a percepção social sobre segurança pública¹⁶¹, aferida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), revela que 9 (nove) em cada 10 (dez) pessoas têm medo de ser vítima de crime, sendo que 78,6% (setenta e oito vírgula seis por cento) dos entrevistados temem morrer assassinados, 73,7% (setenta e três vírgula sete por cento) temem assalto à mão armada, 68,7% (sessenta e oito vírgula sete por cento) temem arrombamento domiciliar e 48,7% (quarenta e oito vírgula sete por cento) temem sofrer agressão física¹⁶².

Esse é o compasso que movimenta, alimenta e retroalimenta o sistema punitivo e que conduz o corpo social a integrar e participar da mecânica de controle, seja como operador formal ou equivalente, seja como senso comum ou opinião pública¹⁶³.

Sobre o último gráfico, assim como feito anteriormente, destaca-se que, do total de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) condutas típicas catalogadas pela pesquisa de campo, 59 (cinquenta e nove), ou seja, 10,61% (dez vírgula sessenta e um por cento) correspondem aos tipos penais dispostos na Legislação Penal Especial, sendo que as principais incidências referem-se aos crimes de tortura, abuso de autoridade¹⁶⁴ e àqueles constantes do Estatuto do Desarmamento, os quais a soma de seus percentuais quantifica 8,43% (oito vírgula quarenta e três por cento)¹⁶⁵.

Novamente pormenorizando os dados coletados na pesquisa de campo, agora acerca dos crimes da Legislação Penal Especial, tortura, abuso de autoridade e aqueles constantes do Estatuto do Desarmamento, tem-se o seguinte: a) tortura: 4,31% refere-se à tortura probatória e 0,17% a tortura castigo; b) abuso de autoridade: 2,33% refere-se ao abuso de autoridade violador da incolumidade física do indivíduo; c) Estatuto do Desarmamento: 0,17% refere-se à posse irregular de arma de fogo de uso permitido; 0,35% refere-se à porte

¹⁶¹ Sobre os conceitos de ordem pública e segurança pública, Cfr. Moreira Neto (1988).

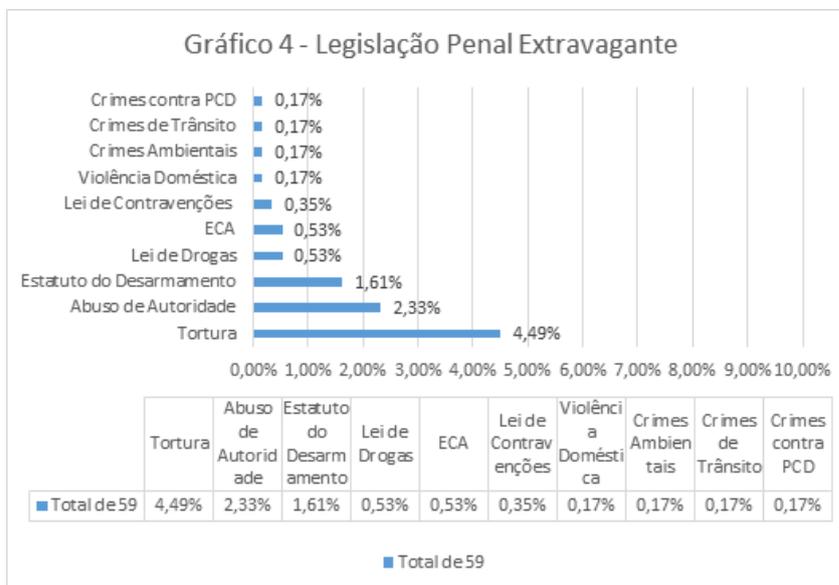
¹⁶² Nessa linha de entendimento, Beato Filho (2000).

¹⁶³ Especificamente, Cfr. Andrade (2012, p. 132-135). Indo além a referida autora prevê uma dimensão ideológico-simbólica, muito mais invisível e difusa, representada tanto pelo “saber oficial” (as ciências criminais) quanto pelos operadores do sistema e pelo público, enquanto “senso comum punitivo” (ideologia penal dominante). Assim sendo, conclui que “o sistema somos todos nós: em cada sujeito se desenham e se operam, desde a infância, um microssistema de controle e um microssistema penal (simbólico) que o reproduz cotidianamente”.

¹⁶⁴ Todos os crimes de abuso de autoridade referem-se à Lei nº 4.898/65.

¹⁶⁵ Pormenorizando os dados sobre os crimes de crimes de tortura, abuso de autoridade e aqueles constantes do Estatuto do Desarmamento, tem-se o seguinte: a) tortura: 4,31% refere-se à tortura probatória e 0,17% a tortura castigo; b) abuso de autoridade: 2,33% refere-se ao abuso de autoridade violador da incolumidade física do indivíduo; c) Estatuto do Desarmamento: 0,17% refere-se à posse irregular de arma de fogo de uso permitido; 0,35% refere-se à porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; 0,53% refere-se à disparo de arma de fogo e 0,53% refere-se à posse ou porte de arma de fogo de uso restrito.

ilegal de arma de fogo de uso permitido; 0,53% refere-se à disparo de arma de fogo e 0,53% refere-se à posse ou porte de arma de fogo de uso restrito.



Fonte: Pesquisa de Campo, São Luís, 2021.

Correlacionando, pois, o teor dos gráficos 6 e 7 tem-se que os principais crimes que compõem a cifra oculta analisada pela pesquisa de campo correspondem a 85,5% (oitenta e cinco vírgula cinco por cento) do total de condutas catalogadas. São eles: 1) o crime de roubo (22,93%); 2) o crime de homicídio (22,13%); 3) o crime de furto (12,47%); 4) o crime de estupro de vulnerável (10,79%); 5) o crime de lesão corporal (6,23%); 6) o crime de estupro (4,13%); 7) o crime de tortura (4,49%); e, 8) o crime de abuso de autoridade (2,33%).

Dentre esses crimes apresentados, calha ressaltar a situação peculiar dos crimes de tortura e de abuso de autoridade e do crime de tráfico de drogas¹⁶⁶, que, embora não figure na listagem supracitada, possui inegável expressividade no seio do corpo social.

De forma bastante pedagógica, o que se quer dizer é que através da análise realizada pela pesquisa de campo os crimes de tortura e de abuso de autoridade, além de não terem conseguido ultrapassar a barreira da cifra oculta, têm baixa probabilidade de chegarem à fase de execução de pena. Situação contrária pode ser observada nos crimes da Lei de Drogas,

¹⁶⁶ Na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) todos os crimes catalogados pela pesquisa de campo (0,53%) referem-se ao *caput* do art. 33 (tráfico de drogas).

os quais a cifra oculta apresentou baixo grau de incidência e a fase de execução de pena pode apresentar elevado índice de crimes dessa espécie¹⁶⁷.

A explicação para o exposto não requer contorcionismo e, diga-se, é quase aritmética.

Isso ocorre porque, além do crivo realizado pelo poder de polícia decidindo sobre o que será, ou não, encaminhado à apreciação do Ministério Público e do Judiciário¹⁶⁸, os crimes que acontecem na sociedade passam pelo funil do controle social formal e, certamente, uma minoria deles e de certas categorias de autores que chegará ao sistema de justiça criminal¹⁶⁹.

Assim, é acertada a percepção de que os mecanismos de criminalização quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas formam uma rede muito fina, enquanto que essa rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder¹⁷⁰.

Em suma, para os crimes de tortura e de abuso de autoridade a chance de o poder de polícia exercer um crivo com maior intensidade sobre estes é bastante acentuada, o que implica na obstaculização da apreciação do Ministério Público e do Judiciário. Por sua vez, para os crimes contemplados pela Lei de Drogas, os mecanismos de criminalização tendem a agir impiedosamente, restando muito pouco a ser computado pela cifra oculta.

Para além, a riqueza da análise da pesquisa de campo realizada ainda pode ser explorada a partir da perspectiva macro, a qual permite constatar que as violações legais investigadas não estão centradas em crimes leves, mas, isto sim, em crimes que ocasionam

¹⁶⁷ A observação merece destaque porque, em novo cotejo exemplificativo com os dados fornecidos pela pesquisa com os 316 (trezentos e dezesseis) sentenciados que cumpriam pena privativa de liberdade na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA), o espelhamento entre os crimes de tortura e de abuso de autoridade não se realiza e, de outro lado, os crimes afetos à Lei de Drogas apresentaram baixa incidência na cifra oculta aqui investigada. Em outros termos, enquanto o registro de entrada dos crimes de tortura e de abuso de autoridade no sistema penal (cifra oculta) computou, respectivamente, os percentuais de 4,49% (quatro vírgula quarenta e nove por cento) e 2,33% (dois vírgula trinta e três por cento), os dados relativos aos crimes executados pelo sistema penal (pesquisa em Pedrinhas) não apontaram a incidência de nenhum destes. Quanto aos crimes da Lei de Drogas, a baixa incidência de que se fala decorre do comparativo entre o percentual de 0,53% (zero vírgula cinquenta e três por cento) no registro de entrada do sistema penal (cifra oculta) com os dados relativos aos crimes executados pelo sistema penal (pesquisa em Pedrinhas), que apontaram a incidência de 18,20% (dezoito vírgula vinte por cento) para tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes. Em profundidade sobre os resultados alcançados pela pesquisa realizada na Casa de Detenção do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís/MA), Cfr. Guimarães e Rego (2011).

¹⁶⁸ Sobre criminalização secundária, Cfr. Baratta (2011).

¹⁶⁹ Acerca da temática, Mandarin, *et al* (2017, p. 287).

¹⁷⁰ Em riqueza de detalhes, Baratta (2011, p. 165). Sobre a função social do sistema penal, Cfr. Zaffaroni (2007).

grande danosidade social, tais como aqueles que lesam a pessoa, o patrimônio e a dignidade sexual.

Nesse enredo, igualmente, não se deve olvidar da íntima relação do poder discricionário da polícia com esse rol de delitos, isso porque organização operacional e recursos disponíveis são variáveis condicionantes para essa padronização. Isso quer dizer que, à sua medida, a polícia irá valorar os fatos que pode abarcar com seus recursos e, assim, selecionar as investigações que serão levadas a curso¹⁷¹.

Entrementes, é necessário fazer o registro de que também foram catalogadas outras condutas, em número bastante reduzido e em geral leves, que se agregam ao núcleo de valores protegidos pelo corpo social e que, por óbvio, também compõem o fármaco destinado a promover a pacificação social por via transversa¹⁷².

Com essa moldura, deseja-se chamar atenção para o fato de que, diuturnamente, o rigor do sistema penal é invocado com o objetivo de dissuasão geral, exemplaridade, e não para reprimir a conduta criminosa praticada, independentemente de qualquer variável que possa incidir nessa equação.

Veja-se, por exemplo, o caso dos crimes de furto (art. 155 do Código Penal) e do crime de fraude de preço na relação de consumo (art. 7º, IV, da Lei 8.137/90), ambos estão afetos à seara de disponibilidade patrimonial da vítima e, não obstante isso, as chances de o segundo ser sepultado dentre os casos de subnotificação – casos que sequer chegam ao conhecimento do poder de polícia – são infinitamente maiores do que o crime de furto, que redundantemente aparece no registro de entrada e saída do sistema penal¹⁷³.

No ponto em destaque, a reflexão que se impõe enreda o fato de que, embora seja comum aos crimes exemplificados a vontade substancial de obter a recomposição material pela lesão patrimonial sofrida, o desejo referenciado não é prioridade para ser solucionado por outro ramo do direito porque, na balança do sistema punitivo, o valor da dissuasão geral se sobrepõe ao espectro de resolutividade individual que pode ser alcançado pelo direito civil¹⁷⁴.

¹⁷¹ Nessa linha de entendimento, Hoods e Sparks (1970, p. 74).

¹⁷² A lista completa dos crimes catalogados pela pesquisa encontra-se na Lista de Tabelas.

¹⁷³ Acerca do entendimento de que a cifra oculta de crimes leves pode ser compreendida como um mecanismo social de descriminalização, Cfr. Cervini (1992).

¹⁷⁴ Essa ideologia bipartida de justiça é compartilhada pelos autores da doutrina da severidade máxima, a qual pode ser resumida a partir da ideia de aumento de pena para prevenir crimes e de um ativismo político em matéria penal. Com riqueza de detalhes sobre a doutrina da severidade máxima, Cfr. Pires (1998c).

Ciente disso, é preciso ir além e desembalar a visão das entrelinhas para perceber a harmonia que há entre o exposto e a cifra oculta. Isso porque essa ideia bipartida de justiça (cível *versus* criminal) contém a certeza da incidência da pena enquanto forma de contrabalançar os efeitos dos casos que escapam ao âmbito de resolatividade do sistema punitivo (cifra oculta) e, igualmente, serve para estabelecer um critério-chave para reprimir aqueles crimes que facilmente podem ser cometidos, ou ocultados, ou que imponham dificuldade à sua prevenção¹⁷⁵.

Eis, portanto, uma das razões para a infinidade de pequenas infrações normatizadas pelo poder punitivo – e verificadas de forma inexpressiva na análise da cifra oculta –, cujo resultado da certeza da incidência da pena é traduzido em satisfação geral, a qual serve ao corpo social porque projeta uma imagem preventiva de crimes, serve à vítima porque o sofrimento do culpado a reconforta e, por fim, também serve ao culpado porque assegura um fim útil ao sofrimento deste¹⁷⁶.

Assim, eflui do sistema punitivo uma atuação simbólica despreocupada com o controle do crime, todavia destinada a expressar raiva e indignação com sua ocorrência¹⁷⁷, o qual o ponto de partida é sempre justificado pelo alcance de uma “satisfação geral”¹⁷⁸.

E, nesse imbricar de coisas, a operacionalidade real do sistema penal e o discurso jurídico-penal oficializados são cada vez mais antagônicos, ao ponto de a programação normativa ser fundamentada em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuar de forma amplamente diversa¹⁷⁹.

Assim sendo, esse movimento de expansão do Direito Penal que se realiza por intermédio da atuação simbólica do poder punitivo resulta em um efeito paradoxal consistente na redução inversamente proporcional de sua força cogente. É dizer: à medida que se expande perde efetividade e toma a forma de poder destituído de racionalidade¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Sobre o assunto, Pires (1998c, p. 75).

¹⁷⁶ Cfr. Pires (1998c, p. 74-75). Para o autor a força moral subjacente a essa forma de visualizar a certeza da incidência da pena está em crer que se alcança o bem coletivo e que, desta forma, assegura-se uma vida boa e uma boa justiça, sendo necessário, portanto, admitir que, além da doutrina da severidade máxima se alinhar a todos os âmbitos da matéria penal, ela também está enraizada à própria organização e divisão do direito.

¹⁷⁷ Vide, Garland (2008, p. 249).

¹⁷⁸ Exemplifica com perfeição o ponto em apreço a Lei nº 14.155/21, a qual altera o Código Penal para ampliar as penas dos crimes de furto e estelionato praticados com o uso de dispositivos eletrônicos como celulares, computadores e *tablets*.

¹⁷⁹ Em profundidade, Cfr. Zaffaroni (1991, p. 12).

¹⁸⁰ A aludida perda de efetividade pode ser demonstrada através dos dados acerca da autopercepção do respeito às leis, constantes no Relatório sobre o Índice de Confiança na Justiça do Brasil (FGV, 2017, p. 19), que denota que, no primeiro semestre de 2017, 2% dos entrevistados responderam que não respeitavam as leis e 8% revelaram

E, sob esse prisma, é necessário clarificar que a efetividade do Direito Penal é a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio da cultura que enreda o corpo social. Essa função é a de garantia externa de um âmbito de auto-realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para se realizar em coexistência. Logo, é efetivo o Direito Penal capaz de servir de garantia externa de existência¹⁸¹.

Do contrário, embora continue sendo Direito Penal – por ainda possuir eficácia – a linha que o distingue do mero exercício de poder já não mais existe, posto que os fundamentos que o sustentam realizam-se apenas formalmente, tornando-o descartável e frustrante àqueles integrantes do corpo social que ainda nutrem expectativas acerca de sua atuação.

Desta forma, quanto mais o Direito Penal perde efetividade mais ele se utiliza da força para conservar sua vigência; e, se nada interrompe esse processo de repressão é hialino que este aniquilará o Direito Penal que, em certo momento, deixa de ser direito para ficar reduzido ao uso irrestrito da força¹⁸².

É necessário, pois, desfazer a confusão propositalmente criada entre o direito à segurança e a segurança dos direitos.

Isso porque a segurança dos direitos pode igualmente ser obtida sem a clivagem promovida pelo sistema de pensamento da racionalidade penal moderna, vez que os demais ramos do direito são igualmente capazes de promover a pacificação social sem que, para tanto, tenham que se valer da pena privativa de liberdade.

Não fosse assim a diversificação e os mecanismos de justiça processual penal negociada não seriam tomados de empréstimo pelo sistema penal como forma de revigora-lo.

Nesse contexto, ao invés de promover a imbricação dos demais ramos do direito ao Direito Penal, afigura-se muito mais lúcido conferir autonomia a esses ramos para que tais possam corroborar com a resolutividade de conflitos sociais e, portanto, conseguir independência da tutela penal.

cumprir quase nada as leis, enquanto que 39% avaliaram que respeitavam um pouco as leis. Sobre a expansão do poder punitivo traduzida na legislação penal brasileira, Cfr. Karam (2006) e, acerca do número crescente de pessoas inclinadas a não se curvar à autoridade dos estatutos legais, Cfr. Adorno e Dias (2014).

¹⁸¹ Dentro dessa concepção, Zaffaroni (2006, p. 317).

¹⁸² Vide, Zaffaroni, (2006, p. 317-318).

Com esse propósito, deve ser empreendido um movimento de dentro para fora – no sentido de que esse organismo entre em cetose –, mas também, e sobretudo, de fora para dentro, mantendo-se o Direito Penal adstrito àquilo que lhe é essencial e que lhe atribui o qualificativo de último recurso, em nada parecendo com a imagem solipsista que contemporaneamente representa.

Em suma, esse é o grande contributo oferecido pela análise da cifra oculta. Porque falar de cifra oculta é, indubitavelmente, falar de programação normativa penal, a qual a partícula fundante é o bem jurídico penal.

Isso quer dizer, por conseguinte, que o bem jurídico é programação normativa penal já imposta. E, inúmeras vezes, programação normativa imposta sob o influxo de causalidade material externa, mas não se deve iludir achando que se trata de causalidade material externa incondicionada, isso porque a volatilidade da opinião pública enquanto móvel punitivo é conduzida pelas mais diversas instâncias informais de controle, as quais, por sua vez, não estão imunes à porosidade da mídia e de seus direcionamentos¹⁸³.

Por todo o exposto, se é certo que os valores protegidos pela programação criminalizante podem ser escalonados em graus de importância pelo corpo social¹⁸⁴, não menos acertado é o fato de que a imagem da cifra oculta investigada demonstra que os bens jurídicos que foram eleitos como os mais caros à sociedade – a vida, o patrimônio e a dignidade sexual – são, diuturnamente, aviltados sem que o recrudescimento irracional do poder punitivo e sua expansão posta em curso sejam capazes de oferecer respostas efetivas e legítimas para a atuação desencadeada pelo poder punitivo; ou, ainda, minimamente coerentes com o discurso jurídico que atribui à pena as finalidades contingentes de dissuadir, reafirmar o valor da norma, ressocializar, etc.¹⁸⁵

¹⁸³ Acerca da temática, Pires (2001b, p. 29-30) adverte que o sistema penal não delega poder de decisão ao público. Ao revés, é o sistema penal quem decide se, quando e como o público será incluído, redundando, pois, em uma forma particular de politização do Direito Penal e do dogma criminal que pode estar relacionada à expansão da mídia e sua influência e impacto em matéria penal, à ênfase no público, às pesquisas de opinião pública, à vitimização e, ainda, à participação de segmentos de movimentos sociais, os quais são caracterizados por um compromisso urgente com causas específicas (em oposição a um compromisso com uma reforma abrangente). Isso significa, em resumo, que o sistema penal cria novos papéis e canais de comunicação para receber seu público e, por sua vez, constrói a noção de público como uma figura jurídica anônima e difusa com a qual se comunica de diferentes maneiras, seja através de normas de comportamento ou, ainda, de normas de sanção.

¹⁸⁴ Para maior aprofundamento sobre a história da programação criminalizante no Brasil, Cfr. Zaffaroni (2003).

¹⁸⁵ Para Karam (2006) a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade está, e sempre esteve, na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau.

4. BEM JURÍDICO PENAL: A ENCRUZILHADA NORMATIVA¹⁸⁶.

4.1 Arqueologia do bem jurídico.¹⁸⁷

Até aqui a centralidade do sistema penal como trincheira multifuncional destinada à pacificação do corpo social foi apresentada e esmiuçada para denotar a necessidade do incremento de uma nova racionalidade penal, na qual a estrutura normativa seja apartada da intensa valorização da pena privativa de liberdade como obrigação de infligir sofrimento para ir ao encontro da possibilidade de seu uso restrito a circunstâncias bem delimitadas.

Diante da concepção segundo a qual uma prática é indissociável do tipo de racionalidade através da qual ela se reflete, se ordena e se finaliza, o exercício punitivo contemporâneo foi apresentado através da racionalidade penal moderna e decalcado pela análise da cifra oculta para pavimentar a exposição de ideias aqui desenvolvidas.

Assim sendo, a partir da análise dos resultados catalogados pela investigação acerca da cifra oculta entende-se as atuais condições de funcionamento do sistema penal impulsionam o desencadeamento da contramarcha propugnada, sobretudo porque a excessiva criminalização em todas as órbitas torna questionável a dignificação concedida aos bens jurídicos penais.

Em outras palavras, o mal funcionamento do sistema penal decorrente do excesso de tipificações penais contrasta com a necessária efetividade e legitimidade que devem protagonizar seu exercício, pois, conforme observado pela pesquisa de campo realizada, sequer os bens jurídicos penais mais caros ao corpo social são protegidos.

Diante dessa realidade irracional, o Direito Penal soçobra e horizontaliza consequências deslegitimadoras, conforme foi apreciado pela pesquisa de campo ao abordar o tempo de duração dos Inquéritos Policiais e as razões exaradas nos pareceres de arquivamento destes.

¹⁸⁶ Sobre o assunto, Cfr. Prado (1996, p.32 e ss.), que faz detalhada análise sobre os posicionamentos de Knut Amelung, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas, abordando temáticas como a relação entre a danosidade social e a constituição do bem jurídico, assim como, sobre a percepção do legislador do que seja necessário para estabelecer as condições de uma vida saudável da comunidade jurídica.

¹⁸⁷ Conquanto o trabalho não proceda uma análise do discurso, é indisfarçável a inferência à arqueologia do saber de Foucault (2009), para quem o fundamento das verdades jurídicas deve ser procurado nos dispositivos do próprio discurso jurídico e no sentido de seus enunciados.

Ante a referida moldura, faz-se necessário reavivar, uma vez mais, o alcance das projeções de expectativas que enredam o ideal e o real em termos de respostas ofertadas pelo sistema punitivo.

Isso porque, embora seja desejado por muitos uma sociedade sem crimes e sem penas – em que os conflitos sociais são resolvidos pelo perdão, pela compaixão e pela compreensão –, fundada em outras formas de produzir justiça¹⁸⁸, é incontroverso que o atual estágio de evolução e complexidade do corpo social não permite o alcance dessa quimera.

Nessa toada, é preciso saber medir a realidade. E a realidade que se apresenta coaduna-se com soluções possíveis; sem, por óbvio, cair em um isomorfismo reformista, situação em que há execução do projeto punitivo, constatação do seu fracasso e reprodução do projeto¹⁸⁹.

Distante disso, o almejado reside na cooperação para superação de um paradigma penal ilegítimo, sem coerência intrassistemática (teorias das penas) e extrassistemática (prática punitiva), em favor da recepção de uma concepção de racionalidade apoiada em um pragmatismo constitucionalizado para realização do controle social formal.

Finalizada essa breve digressão, inicia-se o esforço de apresentação de uma proposta que se afine com uma realidade possível a partir da análise do bem jurídico penal – aliás, do caminho percorrido até se chegar a essa categoria assaz importante para a dogmática penal e, sobretudo, para as inúmeras formas de agir desencadeadas no seio do corpo social.

Todavia, e advertidamente, é preciso não olvidar que há múltiplas interações existentes entre as elaborações filosóficas justificantes, as estruturas de poder fincadas nas sociedades e as realidades sociais individualizáveis e temporalmente delimitadas¹⁹⁰.

E, nesse aspecto, esse conjunto de forças, quase nunca distribuídas igualitariamente, “elege” o (s) caminho (s) que o corpo deve seguir, suportar e amoldar-se, a fim de manter a ficção jurídica entabulada pelo contrato social.

¹⁸⁸ Para maior aprofundamento sobre a teoria do consenso na justiça penal, Cfr. Veloso (2003).

¹⁸⁹ Cfr. Foucault (2007).

¹⁹⁰ Em profundidade, Cfr. Zaffaroni (2007, p. 54-77), para quem é absolutamente certo que a naturalização do poder punitivo, por toda sua violenta história, o consolidou e, continua consolidando, como um acontecimento a-histórico, prescindindo-se, pois, de sua construção política oriunda do medievo ocidental colonial e posta como modelo planetário de verticalização e controle social.

Parte-se, pois, do conceito material de crime¹⁹¹ para descrever, com certa historicidade¹⁹², as balizas da estrada que conduziram à ideia contemporânea de bem jurídico, tão propalada e, ao mesmo tempo, carente de nascedouro¹⁹³.

Assim sendo, veja-se que, inicialmente, à pergunta sobre o que é materialmente o crime assume uma perspectiva positivista-legalista – a qual o teor compreende tudo e só aquilo que o legislador considerar como crime – para, em seguida, ceder lugar à perspectiva positivista-sociológica, em que o importante era divisar, através da multiplicidade das manifestações legais de crimes, aquilo que em termos de objetividade e universalidade pudesse – à luz da realidade social – ser considerado bem jurídico penal, algo que existisse na sociedade humana independentemente de uma época ou concepção particular¹⁹⁴.

Conquanto verdadeiras em sua essência e louváveis em seus propósitos, as concepções referidas, dada a imprecisão que lhes embebe, revelaram baixíssima capacidade de rendimento na tarefa de determinar o conceito material de crime.

Não obstante, é imprescindível ressaltar o mérito conferido à perspectiva positiva-sociológica; que, pela primeira vez, e de forma ordenada e sistemática, procurou estabelecer um conceito pré-legal de crime.

Ao seu tempo, em nova guinada de perspectiva, o processo evolutivo correspondente à passagem do Estado de Direito formal ao Estado de Direito material desembocou na introdução no conceito material de crime de um ponto de vista moral (ético) - social que levava a ver em sua essência a violação de deveres ético-sociais elementares ou fundamentais.

¹⁹¹ Para Gomes (2007, p. 412), o conceito material de crime é firmado na percepção de que a ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico, sendo que os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado e vice-versa.

¹⁹² Acerca da evolução histórica da ideia de objeto jurídico do delito, Cfr. Prado (1995, p. 21-35).

¹⁹³ O conceito de bem jurídico é um daqueles em que origem é tão difícil de se precisar quanto o seu alcance. Não obstante isso, a doutrina majoritária atribui a Birnbaum o mérito de tê-lo introduzido no âmbito jurídico penal. E, a partir dessa constatação, Prado (1996, p. 25) pontua que o referido conceito foi introduzido no contexto jurídico-penal em substituição ao direito subjetivo, observando ser decisivo para a tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva. Desta feita, Gomes (2007, p. 411), complementando o sobredito, assevera que, embora Birnbaum não tenha falado diretamente em bem jurídico, indiscutivelmente foi o primeiro autor a contrapor a ideia da doutrina iluminista que via na danosidade social e na violação de direitos subjetivos os fundamentos da punição estatal.

¹⁹⁴ Em riqueza de detalhes acerca da perspectiva positiva-sociológica, Cfr. Garófalo (1997) e Dias (2007).

Ocorre que não é função do Direito Penal tutelar a virtude ou a moral, quer se trate da moral imposta pelo Estado, da moral dominante, ou da moral de qualquer grupo social.

Desta feita, a configuração de um conceito material de crime por intermédio de uma perspectiva moral cria um campo de inadequação entre si e o pluralismo ético-social inerente às sociedades.

Nesse movimento dialético, a síntese dessas contradições dá origem a uma perspectiva qualificada de teleológico-funcional e racional.

Destarte, será teleológico-funcional quando reconhece definitivamente que o conceito material de crime não podia ser deduzido das ideias vigentes em qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal, mas, ao revés, deveria ser encontrado no horizonte da própria função que ao Direito Penal se adscresse no sistema jurídico-social. De outro lado, deveria ser racional ao compreender que o conceito material de crime resultaria da função atribuída ao Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Chegando a este ponto, o esforço que agora deve ser posto em curso redundará, justamente, em indagar acerca da linha limítrofe que insere ou retira da categoria de bem jurídico o qualificativo da dignidade penal.

E, na oportunidade, é importante que se diga que a intenção se distancia do objetivo de exaurir as conceituações existentes de bens jurídicos e se aproxima da necessidade em conferir notoriedade ao objeto de estudo¹⁹⁵.

Sob esse prisma, a primeira conceituação que se expõe parte da premissa do mínimo ético e assenta no fato de que o bem jurídico é um valor ético social possuidor de sentido positivo, ou seja, um bem vital da comunidade ou do indivíduo que, por sua significação social, é protegido juridicamente.

Noutro giro, consignou-se que a norma não cria o bem jurídico penal, mas sim o encontra – porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, não podendo de modo algum ser criação ou elaboração jurídica, mas se impõe a ela. Assim, o bem jurídico penal vem a ser, portanto, uma criação da experiência e, assim concebido, é um interesse vital do indivíduo ou da comunidade¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Acerca da evolução histórica do conceito de bem jurídico, Cfr. Kist (2003, p. 147-154). Para maior aprofundamento acerca dos conceitos de bem jurídico, Cfr. Prado (1996, p. 35-40). E, sobre uma opinião crítica destinada ao referido conceito, Cfr. Hassemer (2008, p. 223-224).

¹⁹⁶ Sobre o assunto, Liszt (2003, p. 139-141).

Para além, diz-se que os bens jurídicos penais podem ser definidos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos¹⁹⁷.

Alargando um pouco mais a percepção, bem jurídico penal pode ser definido como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Com esses exemplos, vê-se que a noção de bem jurídico penal não pode ser determinada com a pretensão de se encontrar um conceito fechado capaz de traçar a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado, embora haja um consenso bastante largo sobre a existência de um núcleo essencial¹⁹⁸.

Desta feita, em maior ou menor grau, as balizas que o conduzem apontam, sobremaneira, para o pensamento jurídico racional da ilustração, o qual a ideia central é o equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, trazendo-se para esta composição a constante interação existente entre os interesses do indivíduo e os interesses do corpo social para manutenção da concepção ideológica do contrato social

Sucede que nessa renitente simbiose entre a defesa dos interesses do indivíduo e a defesa dos interesses da comunidade, dentro de uma perspectiva positivista, constrói-se um edifício inabalável que impede a assunção crítica de uma visão distinta.

Trilhando esse caminho, grande parte da doutrina especializada apresenta como alternativa à tarefa de conferir dignidade jurídico-penal aos bens jurídicos a concepção sociológica, a qual o objeto de valor exprime o reconhecimento intersubjetivo e cuja proteção a comunidade considere essencial para realização individual do cidadão participante¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Nesse sentido, Cfr. Roxin (2006, p. 19 e ss.)

¹⁹⁸ Detalhadamente sobre alguns critérios que auxiliam na delimitação do conceito de bem jurídico, Cfr. Roxin (2006, p. 20-25). E, para maior aprofundamento acerca das funções atribuídas ao bem jurídico, Cfr. Prado (1996, p. 51-52) e Gomes (2007, p. 386-388).

¹⁹⁹ A teoria filosófica defendida por Habermas (2009) sustenta a ideia de intersubjetividade como fundamento da racionalidade e sua tese promove uma mudança de paradigma, tendo em vista que a intersubjetividade passa ocupar o lugar da subjetividade, desta feita ele desenvolve uma razão interpessoal e não mais simplesmente subjetiva. Esse entendimento da verdade nasce do agir comunicativo, da verdade intersubjetiva, que surge do diálogo dos indivíduos. Na visão de Castilho (2012, p. 266), de forma resumida, o projeto filosófico de Habermas é uma crítica ao positivismo e ao que considera ser uma ideologia resultante do pensamento positivista, que é o tecnicismo, segundo o qual somente a pesquisa técnica e científica promove o desenvolvimento. Segundo ele, a filosofia, para Habermas, não pode ser apenas uma observadora das ciências, mas um instrumento para refinar o pensamento do

Para tanto, afirmam que é fundamental incluir, entre as percepções isoladas de indivíduos e de comunidade, a dimensão cidadã da pessoa²⁰⁰, que se expressa através de uma democracia deliberativa²⁰¹, a fim de que a cidadania seja considerada em sua dimensão ativa²⁰² e que proporcione identidade política e uma ação comunicativa²⁰³ na esfera pública.

homem. Esclarece ainda que Habermas somou, a esses posicionamentos filosóficos, o que pode ser considerada a quarta fase da Escola de Frankfurt, a ideia de que a teoria Crítica deve estar engajada nas lutas políticas para obter a transformação do futuro. Assim, Habermas considera que, numa democracia, o cidadão deve ser, ao mesmo tempo, destinatário e autor das normas jurídicas. Por isso, define uma relação de autonomia recíproca entre soberania do povo (pública) e direitos humanos (privados). Soberania popular porque todos os destinatários da norma jurídica devem concordar com ela. E direitos humanos porque a norma jurídica deve abranger a ação orientada pelo interesse privado.

²⁰⁰ Conquanto Habermas não tenha formulado um conceito sobre cidadania, a ideia que a envolve nesta abordagem contempla uma dimensão ativa da pessoa e que lhe proporciona identidade política e uma ação comunicativa na esfera pública de uma democracia deliberativa.

²⁰¹ Para Habermas (2009), a democracia deliberativa constitui-se como um modelo ou processo de deliberação política democrática caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Trata-se de um conceito que contraria o liberalismo e está fundamentalmente ancorado na ideia de que a legitimidade das decisões e ações políticas deriva da deliberação pública da maioria, pelos cidadãos, em geral, livres e iguais. Nesse caminho, é fundamental levar em conta que, em princípio, o conceito de "deliberação" pode se relacionar a dois tipos de situação: uma primeira, na qual o que está em jogo é, de fato, o poder de decidir (isto é, quando uma decisão se mostra mandatória); uma segunda situação, relativa preferencialmente à disposição dos agentes em discutir, com a finalidade de aprimorar suas perspectivas de mundo (sem, necessariamente, precisar ser tomada uma decisão). Desta forma, com sua base no exercício da razão comunicacional, a democracia deliberativa está fundada na premissa de que cidadãos e representantes políticos se devem justificativas mútuas. E, essa troca de justificativas construiriam soluções mais legítimas, complexas e capazes de viabilizar um esclarecimento recíproco dos cidadãos e a formação da opinião pública. Assim sendo, a troca é vista como a base do debate público e é fundamental para a legitimidade democrática de uma sociedade.

²⁰² Sobre a temática, Guimarães (2010) acrescenta que é imprescindível ultrapassar as fronteiras de uma democracia meramente formal para que se possa entender como procedentes os fundamentos apresentados para legitimar o direito de punir, vez que somente através da concretização de uma democracia plena ou substancial – em que o exercício da cidadania ativa, e a efetiva capacidade de escolha que esta possibilita, evolui e transforma-se em cidadania democrática – é que se alcançará as exigências mínimas de validade do pacto social no âmbito punitivo. Nesse conduto, aclarando a visão sobre cidadania democrática, Dias (2008, p. 69) assevera que às formas de agressão produzidas pelos novos riscos – que deterioram o reconhecimento recíproco e aumentam a vulnerabilidade humana presente e futura – a cidadania democrática contrapõe a eleição de novos valores humanos, traduzidos e expressos na linguagem dos direitos e dos bens jurídicos, e de novos mecanismos de proteção.

²⁰³ A ação comunicativa trata-se de uma análise teórica e epistêmica da racionalidade como sistema operante da sociedade. Através dela Habermas (1989) contrapõe-se à ideia de que a razão instrumental constitua a própria racionalização da sociedade ou o único padrão de racionalização possível, e introduz o conceito de *razão comunicativa*. Partindo da perspectiva que os seres humanos fazem coisas com as palavras e que a linguagem constitui uma importante ferramenta de transformação, ele argumenta que, através da ação comunicativa, é possível transformar os aspectos objetivos, subjetivos e sociais do mundo. Seu objetivo é propor uma alternativa racional à razão instrumental como fundamento da modernidade a partir de uma ampliação e refinamento da própria ideia de razão. A ação comunicativa geraria razoabilidade, racionalidade e criticidade, representado uma alternativa à ação estratégica, que seria voltada apenas para os interesses de um grupo ou indivíduo específico. Assim sendo, propõe a ação comunicativa como forma de fazer com que todos os envolvidos em uma deliberação passem a buscar o consenso em torno de uma solução que beneficie a todos igualmente. Nessa trilha, ele buscou definir as normas universais da ação comunicativa. Segundo ele, para que o intercâmbio de argumentos, como procedimento para resolução de questões ético-morais, seja realmente efetivo, faz-se necessário uma aproximação da situação ideal de fala, a qual é caracterizada por: a) Imparcialidade; b) Expectativa de que todos os participantes transcendam suas preferências iniciais; c) Inclusão de todos os afetados por uma decisão; d) Igualdade, liberdade e facilidade de interação, com ausência de formas de coerção externas e internas; e) Não restrição de tópicos nas discussões; f) Revisibilidade de resultados.

Nesse ambiente, os meios dialogais dirão se é legítimo, ou não, o exercício do controle social institucionalizado na volição do sistema penal, dirão exatamente se o modo como este é aplicado se coaduna com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o pressuposto inafastável contempla o entendimento segundo o qual a garantia de uma elaboração legislativa penal coerente, justa e segura do *jus puniendi* é a concretude democrática, através de uma composição demográfica racional²⁰⁴.

Isto posto, o conceito sociológico de bem jurídico²⁰⁵ deve ser delineado com o objetivo de materializá-lo a partir da perspectiva de um consenso racional²⁰⁶ intersubjetivo – uma identidade social – fundada na capacidade de fazer escolhas e na possibilidade de exercer o controle da implementação adequada, ou não, das escolhas efetivadas²⁰⁷.

Em síntese, para que sejam preservadas as condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem no seio do corpo social, é mister que a árdua tarefa de enquadramento conceitual do bem jurídico, além de ser sufragada naquilo que caracteriza a identidade jurídica de cada sociedade, deve se encontrar refletida em um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido e que preexista ao ordenamento jurídico penal de

²⁰⁴ Sobre a terminologia “ composição demográfica racional”, Guimarães (2010, p. 36 e ss.) a utiliza na acepção da capacidade intelectual dos indivíduos fazerem suas escolhas, o que leva ao exercício de uma cidadania ativa, com influência direta nos rumos da democracia representativa, ou seja, todos os problemas ligados à política, somente serão solucionados no próprio âmbito desta, é dizer: precisa-se avançar na órbita de implementação de uma democracia substancial, na qual, em um contexto ideal, todos os membros do corpo social possam fazer escolhas responsáveis, de maneira racional. Imprescindível que os componentes da sociedade aprendam a controlar o poder que disponibilizam para seus representantes legais.

²⁰⁵ A definição de bem jurídico desenvolvida por Kindhäuser (2017, p. 65-92), à luz da autonomia comunicativa, entende serem os bens jurídicos como qualidades das pessoas, coisas ou instituições, as quais facilitam ou asseguram a participação livre e igualitária em um acordo normativo. De forma que, se o Direito Penal tem por fim assegurar os fundamentos jurídicos de uma sociedade, os bens jurídicos por ele protegidos são os que representam tanto a identidade jurídica de uma sociedade de estrutura concreta, como também, os pressupostos para sua constante reprodução.

²⁰⁶ Para Habermas (2009, p. 254 e ss.) a correta justificação racional das normas, dentro de uma teoria do discurso, deve, necessariamente, passar por duas fases de avaliação. A primeira fase, refere-se à averiguação do respeito às condições ideais de discurso: a) necessidade de que os proferimentos sejam gerais e produzam entendimento idêntico entre os falantes; b) publicidade e inclusão geral, participação com direitos iguais, respeito e reconhecimento mútuo, responsabilidade por parte dos falantes, sinceridade (vontade dos falantes em se entender) e autonomia (imunização contra coerções externas e internas). A segunda, às condições do discurso prático, ou seja, se se evidenciam a adequação, necessidade e proporcionalidade da norma.

²⁰⁷ Detidamente, Kindhäuser (2006, p. 48-52) assevera que, no âmbito do Direito, o importante é que haja um consenso de resultado, ou seja, que os atores sociais, através do processo de ação comunicativa – que é permeado pela autonomia e lealdade comunicativas – alcancem a integração social, que é o processo de reconhecimento do outro como pessoa para alcance do acordo quanto ao conteúdo normativo e, assim, cheguem a um compromisso para cumprimento das normas. Demais disso, adverte que, por meio de mandados básicos de legitimidade constitucional que garantam a proteção dos direitos de personalidade e protejam as minorias, é possível fazer o controle democrático de elaboração legislativa, garantindo, assim, de forma jurídica, o impedimento de criação de uma legislação pautada em flutuações políticas de opinião e de ocasião. Assim, vaticina, é a democracia sob o domínio do Direito.

forma que a cidadania ativa jamais se sobreponha ao valor jurídico constitucional. Ao revés, compoñha com ele a ordem pública necessária para o exercício de direitos fundados na democracia deliberativa.

Exposto isso, e sem retirar o valor da construção teórica empreendida, é preciso aclarar um ponto de estrangulamento do conceito sociológico do bem jurídico penal, que consiste no embasamento a partir de categorias ideias, inatas ao porvir, e que está alicerçado em um sistema de pensamento que toma por base uma sociedade que não existe.

Para além, há, ainda, uma impossibilidade que se expressa na aderência do conceito sociológico de bem jurídico à sistemática de pensamento da racionalidade penal moderna, isso porque a estrutura do poder punitivo opera no corpo social sem, contudo, servir de passagem deste para aquele, embora sejam codependentes²⁰⁸.

Feita essa observação, o sistema punitivo pode ser descrito como estando de acordo com o ambiente do sistema social e com o ambiente do sistema político e, ainda, diretamente em contato as expectativas destes, sensível às suas necessidades, próximo de suas realidades, mas, irremediavelmente adstrito a um específico ponto de vista, o do sistema punitivo.

Dito de outra forma, a racionalidade penal moderna é um sistema de ideias compartilhadas e que não se explica, ou mesmo se realiza, sem conexão com o sistema político e com o sistema social, mas isso não quer dizer que haja relação de continente e conteúdo entre estes.

Figurativamente, a imagem da ponte é a que melhor reflete esse sistema de trocas estabelecido pela racionalidade penal moderna, em que idas e vindas são permitidas sem que a estrutura que sustenta a passagem se modifique.

Esclarecida essa antinomia que enreda o conceito sociológico de bem jurídico penal, é precioso verbalizar a grandiosidade do desafio que reside em determinar de que forma pode o conceito de bem jurídico penal obedecer a inúmeras exigências e, ao mesmo tempo, lograr materialidade e concreção indispensáveis para que seja utilizado na tarefa cotidiana de

²⁰⁸ O raciocínio estabelecido decorre do afinamento entre a racionalidade penal moderna e a teoria dos sistemas de Luhmann (2007), a qual a abordagem referenciada por esta nota explicativa conecta-se à categoria de acoplamento estrutural, o qual pode ser compreendida como “um tipo particular de ponte. Essa ponte conecta um sistema ao outro, mas ela não permite a interpenetração de um sistema no outro. Os elementos que estão na ponte podem ser utilizados pelos dois sistemas, mas um sistema não pode “atravessar” a ponte. (...) os sistemas mantêm seu fechamento operacional, mas eles permanecem codependentes: não se pode explicar a evolução de um sem o outro” (XAVIER, 2010, p. 289).

aplicação do Direito Penal em um Estado que seja efetivamente adjetivado de Republicano, Social, Democrático e de Direito²⁰⁹.

Nesse percurso, o farol que ilumina este trabalho aponta para um consenso relativamente largo sobre a existência de um núcleo essencial no qual os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal através da ordenação axiológica jurídico-constitucional²¹⁰.

De fato, a ordenação axiológica jurídico-constitucional²¹¹ é imprescindível e, igualmente, carece de balizamentos.

Nesse sentido, as teorias constitucionais do bem jurídico procuram formular critérios capazes de refrear o legislador ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal, de forma que o conceito de bem jurídico penal deve ser inferido da Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais²¹².

Com isso, entende-se que a tarefa legislativa deve estar sempre vinculada à determinados critérios reitores positivados na Lei Maior, os quais operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, portanto, uma limitação nomológica em relação à matéria²¹³.

²⁰⁹ Por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido ou refutado o abuso ou excesso de poder (BOBBIO, 1994, p. 17-18).

²¹⁰ Vide, Dias (2007, p. 119 e ss.). Para o referido autor a forma de relacionamento entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos dignos de tutela penal permite alcançar e fundamentar a distinção entre o direito penal primário (Direito Penal clássico) e o direito penal secundário (Direito Penal administrativo ou Direito Penal extravagante), sendo que este se relaciona aos direitos sociais e à organização econômica e aquele aos direitos, liberdades e garantias das pessoas.

²¹¹ A teorização de Roxin (1986, p. 27-28) parte de ideia de Constituição, mais especificamente, da noção moderna de Estado de Direito democrático e social; o que, no campo penal, significa que seu objetivo é o de garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade. Desta forma, preleciona que “em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios de direito penal, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com essa dupla função, o direito penal, realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa constituição considera como pressuposto de uma condição digna”.

²¹² Cfr. Prado (1996, p. 43 e ss.).

²¹³ Dentro dessa concepção, Gonzalez Rus (1980, p. 23 e ss.).

Entretanto, há, ainda, um dissenso a ser esclarecido e que decorre do debate consistente em saber se a Constituição representa um limite negativo ao legislador penal ou, do contrário, expressa um limite positivo à atividade legiferante em matéria penal²¹⁴.

Para aqueles que concebem a Constituição como um limite negativo para o Direito Penal, a norma constitucional não é um fundamento obrigatório para dedução de bens jurídicos à programação criminalizante, senão um marco de referência²¹⁵, já que, nessa perspectiva, outros bens jurídicos, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados, ressalvando-se apenas a necessidade de inexistência de antagonismo entre os bens jurídicos selecionados e a ordem constitucional²¹⁶.

Em defesa desse ponto de vista, diz-se que o interesse primário representado pelos bens expressamente tutelados pela Constituição (v.g. liberdade de manifestação do pensamento, liberdade artística, liberdade religiosa, liberdade de associação, direitos invioláveis, da personalidade, direito ao trabalho, direito de greve, direito à saúde, etc.) não exaure, por sua natureza, os interesses suscetíveis de tutela penal. De forma que a incriminação da lesão de tais interesses será constitucionalmente legítima, mas não será ilegítima a incriminação da lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando os interesses garantidos pela Constituição²¹⁷

Por essa via, o nível de operatividade concedido ao legislador penal agiganta-se e o seu freio de contenção ficaria adstrito, apenas, ao limite formal e ao limite material da não incompatibilidade com os princípios e valores constitucionais, o que determinaria a inconstitucionalidade da incriminação de condutas no exercício de um direito constitucional²¹⁸.

Noutro giro, para aqueles que concebem a Constituição como limite positivo para o Direito Penal, não basta que a relação estabelecida entre a norma constitucional e o bem

²¹⁴ Sobre a temática, Cunha (1995, p. 129-130) observa que o parâmetro de legitimidade da intervenção penal pode ser resumido em dois grandes grupos. O primeiro, vê na Constituição um quadro de referência a partir de princípios gerais, englobantes da unidade de sentido constitucional, como é o princípio do Estado de direito material, democrático e social. O segundo, conquanto tenha como ponto de partida estes princípios gerais, impõe mais limites, pois exige uma harmonização entre os valores penais e os valores Constitucionais ao proibir a penalização de condutas que não lesem (ou, pelo menos, coloquem em perigo) valores Constitucionais.

²¹⁵ Nessa linha de entendimento, Gomes (2002, p. 95).

²¹⁶ Especificamente, Cfr. Bianchini (2002, p. 44).

²¹⁷ Sobre o assunto, Nuvolone (1981, p. 40).

²¹⁸ Acerca da temática, Cunha (1995, p. 190).

jurídico tutelado seja simplesmente “não antitética”, requer-se, pois, assunção do bem jurídico tutelado dentre os valores estabelecidos implícita ou explicitamente pela Constituição²¹⁹.

A tarefa do legislador consistiria em incorporar ao ordenamento jurídico-penal os valores mais importantes plasmados na Constituição²²⁰. De modo que, entre a liberdade de opção legislativa e a concreção constitucional, deve-se optar pela restrição da discricionariedade legislativa em favor da tutela de bens jurídicos efetivamente reconhecidos pela Constituição²²¹.

Essa é a escolha realizada nesse estudo e justifica-se pela imprescindibilidade de o legislador penal estar estritamente limitado pelas opções valorativas constitucionais, não podendo recorrer às sanções penais sem que vise a proteção de tais valores, garantindo-se, por via de consequência, que a tutela penal recaia apenas sobre bens de fundamental relevo para a comunidade²²².

E, embora sobre si recaiam algumas críticas, porquanto se diz que a supracitada concepção é incapaz de alcançar novos riscos e por conferir ao bem jurídico o caráter estático, o certo é que esses “novos bens” merecedores de proteção, frequentemente, tratam-se de bens já existentes sobre os quais incide uma nova forma de agressão²²³.

Enfim, adota-se a teoria constitucional mais restritiva porque esta é a que melhor expressa o equilíbrio entre a vinculação constitucional e a liberdade do legislador, possibilitando a proteção penal de valores dignos de proteção sem que, contudo, seja asfixiada a capacidade de apreciação legislativa e, tampouco, de adaptabilidade do Direito Penal à mutabilidade das condições sócio- culturais²²⁴.

²¹⁹ Em riqueza de detalhes, Fiandaca (2000, p. 415).

²²⁰ Vide, Gomes (2002, p. 90)

²²¹ Cfr. Bianchini (2002, p. 48).

²²² Sobre o assunto, Cunha (1995, p. 169). Complementando a temática, Paschoal (2003, p. 60) acrescenta que a concepção analisada faria com que o Direito Penal fosse configurado como um potencial espelho da Constituição. Com isso, “todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais”. Em sentido, contrário, embora dentro da concepção da Constituição como limite positivo para o Direito Penal, Dias (2007, p. 120) restringe ainda mais o campo de atuação do legislador ao entender ser imprescindível que o objeto de tutela penal ostente natureza de direito fundamental.

²²³ Em profundidade, Fiandaca (2000, p. 420)

²²⁴ Nessa linha de entendimento, Cunha (1995, p. 195).

4.2 Lineamento para a objetividade conceitual.

Na oportunidade em que a dignidade constitucional do bem jurídico abre suas portas para que o intuito de objetivação do conceito de bem jurídico penal adentre, é oportuno resgatar três interrogantes deixados para trás, os quais indagavam: como encontrar uma maneira de sair da garrafa de moscas? Como conciliar a crescente “obrigação de punir” com o princípio da *ultima ratio*? Como fomentar outras soluções jurídicas que desbordem da seara penal?

Dentro desse horizonte, para além de sobrelevar que a noção de bem jurídico deve ser jungida ao paradigma constitucional supramencionado, entende-se necessário, ainda, a elaboração de critérios mais concretos que autorizem a criminalização de condutas²²⁵.

Crítérios estes que afastem do conceito de bem jurídico penal hodiernamente em curso a aparência de envelope vazio, sempre apto a contemplar a vastidão de conteúdo que se lhe associe.

Como primeiro passo, ficou estabelecido no item anterior que o conceito de bem jurídico penal deve ser concebido dentro de uma perspectiva constitucional e esse parâmetro deve contemplar, estritamente, a tutela de bens jurídicos efetivamente reconhecidos pela Constituição.

Dessa forma, a percepção da Constituição enquanto limite positivo para o Direito Penal é um fator limitador importantíssimo para restringir a discricionariedade legislativa durante o processo de seleção de bens jurídicos tuteláveis.

Entrementes, não é suficiente. É necessário, portanto, descer às minúcias em busca de uma moldura objetivamente delimitada, sem, contudo, torná-la um engessamento asfixiante irrealizável.

A bem ver, o ponto de amarração que ora se complementa reside, primeiramente, na filtragem constitucional da questão penal, oportunidade em que valores e critérios que

²²⁵ Impulsionando a referida temática, Guimarães (2001, p. 47) já prelecionava o seguinte: “(...) um grande problema se erige, que é o de fixação concreta dos critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade, ou seja, quais são os bens jurídicos fundamentais? E como devem ser escolhidos e selecionados? ”.

conformam constitucionalmente o Direito Penal são postos à frente do legislador ordinário em dado momento histórico²²⁶.

Exposta essa questão, é preciso rememorar que o delineamento dos eixos de pensamento da racionalidade penal moderna, apresentados no capítulo inicial do trabalho, traduzem, por óbvio, a própria concretização histórica do Direito Penal, a qual é representada, por excelência, pela pena privativa de liberdade²²⁷.

A pena privativa de liberdade, portanto, está inserida no núcleo formador do Estado Moderno e o ponto de partida da discussão sobre seus fins deve estar condicionada à sua realidade histórico-social – e não àquilo que ela idealmente deveria ser – e à sua capacidade de cumprir juridicamente e de forma racionalmente aceitável a substituição da vingança privada pela necessária preservação da sociedade²²⁸.

Com esse sentir, entende-se que a moldura do Estado Moderno confere à pena privativa de liberdade a utilidade social verificável consistente na proteção e no resguardo da ordem jurídica²²⁹.

Dito isso, o crivo do princípio constitucional da necessidade da pena deve ser compreendido como uma espécie de intermediário entre um abstrato merecimento penal e a necessidade prática de realizar a tarefa de proteger bens, direitos e valores, tornando-se, pois, uma condição da intervenção criminalizadora, sem a qual esta não pode ser assumida²³⁰.

Assim concebido, o princípio o constitucional da necessidade da pena exerce a função de controle crítico do poder punitivo e desempenha o importante papel de critério do Estado de Direito democrático no âmbito da criminalização de condutas, já que passa a exprimir a razão de ser do poder punitivo, quando da atuação do Estado na proteção das liberdades essenciais e de seus bens constitutivos²³¹.

²²⁶ Acerca da perspectiva da Constituição Penal, Cfr. Palma (2006, p. 16). Sobre o entendimento de que os sistemas sociais constroem sua legitimidade através de traços de identidade, Cfr. Palma (2018, p. 40). Para maior aprofundamento sobre o entendimento de que o sistema democrático vem a se constituir como o efetivo sistema de controle do sistema formal de controle social, Cfr. Guimarães (2019, p. 146).

²²⁷ Palma (2016, p. 17) assevera que o poder punitivo caracteriza o Estado Moderno quer como expressão do monopólio de seu poder quer como instrumento essencial de garantia dos seus fins, de forma que a legitimação do Estado e do Poder punitivo participam do mesmo discurso.

²²⁸ Em profundidade sobre a temática, Cfr. Palma (2018, p. 54-60). Para a autora referenciada há uma ligação visceral da reflexão sobre os fins das penas às teorias sobre o fundamento e a legitimidade do Estado.

²²⁹ Em profundidade, Guimarães (2019).

²³⁰ Palma (2016, p. 107 e ss.) reflete sobre as questões que perpassam pela atualidade do princípio constitucional da necessidade da pena e interroga acerca do sentido que o princípio da necessidade da pena pode assumir enquanto um valor constitucional consistente.

²³¹ Cfr. Palma (2016, p. 107 e ss.)

Mas, veja-se, no âmbito da criminalização de condutas é mister cumprir a exigência de juridicidade²³² traduzida em o Direito nunca ser mera afirmação de vontade política e partir do reconhecimento dos destinatários como pessoas, com histórias de vida e projetos de existência próprios²³³.

Sintetizando as ideias apresentadas, e dentro dos limites de uma proposta verdadeiramente exequível em termos de contramarcha à racionalidade penal moderna, defende-se que o lineamento para a objetividade conceitual do bem jurídico penal deve ser buscado por intermédio do princípio da dignidade constitucional do bem jurídico a ser tutelado penalmente – alcançado por intermédio da filtragem constitucional – e do princípio intrinsecamente a este ligado, que é o da necessidade da pena²³⁴.

Através destes princípios é possível traçar um caminho em direção à saída da garrafa de moscas e, igualmente, devolver a importância devida ao princípio da *ultima ratio*, mitigando, pois, a um só tempo, inúmeras características do sistema de pensamento edificado pela racionalidade penal moderna.

Exemplificativamente, a primeira característica da racionalidade penal moderna que seria mitigada contempla a indisfarçável expansão do poder punitivo, vez que, dentro da lógica de importância conferida ao bem jurídico penal tutelado constitucionalmente, somente a pena privativa de liberdade pode ser alçada à resposta institucional às condutas que o lesionem, devendo, pois, todas as ações que comportem outros tipos de sanção, como penas alternativas e multas, serem imediatamente descriminalizadas²³⁵.

²³² Sobre a temática, Guimarães (2019, p. 146) estabelece que todos os requisitos apresentados pela doutrina no âmbito filosófico, criminológico, da moralidade e dos costumes que acabam por conferir juridicidade às normas, devem informar a elaboração das mesmas, haja vista que os cidadãos não devem ser obrigados a obedecerem às normas do direito só porque é direito. Nesse sentido, em um contexto ideal, portanto, a juridicidade deve informar a normatividade do Direito Penal o que, em última instância, caso não ocorra, apresentando as normas características autorreferentes, pode ser corrigido pelos meios imanentes à democracia, vez que as normas informadas ou não pelos pressupostos que lhes dão de conferir juridicidade, pertencem, depois de sua entrada em vigor, ao mundo jurídico e, deste modo, não mais ao mundo das categorias que outrora deveriam ter lhes informado.

²³³ Em detalhes, Cfr. Palma (2006, p. 108).

²³⁴ Em profundidade, Guimarães (2019, p. 43).

²³⁵ Vide, Guimarães (2019, p. 45). Complementarmente, Pires (2004, p. 41) entende desnecessário que a toda conduta que infrinja normas de comportamento seja atribuída uma pena, afirmando que existem outras possibilidades de se afirmar a norma e de proteger a sociedade. Palma (2006, p. 110) assevera que a constitucionalidade da descriminalização relaciona-se sempre com o tema geral dos limites constitucionais à incriminação, mas suscita, ainda, a pergunta sobre se a descriminalização viola uma eventual obrigação de incriminar. Ao seu tempo, Paschoal (2003), quando defende que o Direito Penal é potencial espelho da Constituição, afirma que a discricionariedade do legislador infraconstitucional não alcança as imposições constitucionais de criminalização.

Veja-se, portanto, que por intermédio da lógica de importância conferida ao bem jurídico penal tutelado constitucionalmente não há compatibilidade, e tampouco proporcionalidade, entre a envergadura constitucional dos bens jurídicos penais e a proteção destes através de penas alternativas de direitos e multa.

Com esse paradigma, é indubitável que haverá fomento a outras soluções jurídicas que desbordem da seara penal e que, conseqüentemente, esse impulso ensejará uma fissura na visão bipartida de justiça desenvolvida pelas finalidades punitivas arraigadas no sistema de pensamento da racionalidade penal moderna.

Demais disso, também deve ser colocado nesse horizonte o fato de que a plena verificabilidade da utilidade social da pena privativa de liberdade enquanto protetora e mantenedora da ordem jurídica promove a restauração da efetividade do poder punitivo à medida que se desapega de uma atuação simbólica arrimada em finalidades contingentes da pena, as quais, embora até sejam passíveis de realização, não podem ser tidas como funções principais da pena privativa de liberdade²³⁶.

Alfim, tem-se que a elaboração das leis penais devem repousar em um alicerce já bem delineado, moldado pelos seguintes tópicos: 1) todo o sistema deve ser informado pelo absoluto respeito à dignidade da pessoa humana; 2) as liberdades só podem ser restringidas como forma de assegurar outra ou outras liberdades de maior valor para o indivíduo ou para a coletividade; 3) as liberdades positivas, com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, devem preceder as liberdades negativas de cunho liberal²³⁷; 4) somente bens que possuam dignidade constitucional penal devem ser protegidos no âmbito do direito punitivo com a estritamente necessária atribuição de pena privativa de liberdade para essa proteção²³⁸.

²³⁶ Detalhadamente sobre as funções contingentes da pena, Cfr. Guimarães (2019). Para o autor referenciado a defesa da ordem jurídica é a única função imune às críticas que atingem as funções utilitárias da pena, cujos argumentos almejam deslegitimar o direito de punir e com bastante procedência, vez que a pena nem sempre intimida, ressocializa ou neutraliza, mas sempre poderá auxiliar na defesa da ordem jurídica e, conseqüentemente, da ordem social, justificando a existência do Estado.

²³⁷ Cfr. Palma (2006).

²³⁸ Em profundidade sobre a temática, Cfr. Guimarães (2019, p. 51). Sobre o Direito Penal antropologicamente fundado, Cfr. Zaffaroni (2007, p. 316-327).

4.3 Bem jurídico penal essencial como via limitadora e legitimadora do poder punitivo.

Conforme dito anteriormente, existe uma cultura punitiva que se encontra enraizada na sociedade, que dificulta o surgimento de outras análises do Direito Penal e engessa a maneira de pensar o sistema penal.

Indubitavelmente essa cultura dificulta o implemento de uma contramarcha que corrobore para a diminuição do protagonismo do sistema punitivo, além, é claro, de dificultar a concretização de mecanismos legais contrários à expansão penal e se incorporar ao modo de pensar colonizado pela racionalidade penal moderna.

Assim, paradoxalmente, a incessante busca pelo direito à segurança e pela segurança dos direitos redundam no incremento de um catálogo de restrição de direitos e garantias fundamentais²³⁹ cuja feição punitiva simbólica²⁴⁰, amplamente visualizada através desse processo de expansão do Direito Penal, obstaculiza o uso de conceitos que enredem a contramarcha propugnada.

Como corolário do discurso em voga, ressoa a dissonância existente entre a propalada intervenção mínima e a prática legislativa arraigada no expediente de equacionar conflitos sociais com o emprego do sistema penal.

Nesse ponto de ancoragem, a contramarcha promovida por intermédio da objetivação conceitual do bem jurídico penal, para além dos requisitos fundamentais para criminalização de condutas lesivas – apresentados na parte final do tópico antecedente –, requer um passo a mais. Ou seja: um passo em direção à busca de legitimidade para o exercício do poder punitivo do Estado.

A busca por legitimidade para o exercício do poder punitivo do Estado é justificável porque o Direito Penal existe para o homem e não o homem para o Direito Penal;

²³⁹ Para Donna (2008), o crescimento da tutela penal provoca restrição de garantias processuais e penais e dilui o princípio da legalidade penal, de forma que, em praticamente todos os países conhecidos, nos últimos anos, tem ocorrido um incremento exponencial no número de delitos, com novos tipos penais, novas leis especiais, um forte agravamento das penas e uma forte restrição às garantias materiais e processuais dos cidadãos, com uma diluição do princípio da legalidade. Para maior aprofundamento, Cfr. Nuñez Castaño (2008).

²⁴⁰ Nessa linha de entendimento, Zaffaroni (2007, p. 17). Sobre as leis penais simbólicas e sua incompatibilidade com a proteção de bens jurídicos, Cfr. Roxin (2006), que afirma serem ineficazes tais tipos de normas, se configurando, outrossim, como uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos.

e, se não estiver reluzentemente claro para que o Direito Penal serve, este perde sua característica de fato humano²⁴¹.

Nesse âmbito, ficou consignado anteriormente que o Direito Penal, através da pena privativa de liberdade, atua preponderantemente na proteção e no resguardo da ordem jurídica²⁴².

Ocorre que, dentre todos os mecanismos de pacificação social os quais a ordem jurídica dispõe, embora o Direito Penal não possua ascendência hierárquica sobre qualquer deles, é indubitoso que ele é quem possui o instrumento de coerção mais contundente.

Por isso a importância de vislumbrar o bem jurídico penal essencial como via limitadora e legitimadora do poder punitivo. Porque se essencial é aquele bem jurídico que esta jungido aos princípios aclarados no item anterior, à concepção limitadora e legitimadora do poder punitivo não se pode prescindir da imperiosa necessidade de reduzir o poder discricionário do legislador e, igualmente, circunscrever a pena privativa de liberdade dentro dos quadrantes de proporcionalidade e culpabilidade do agente²⁴³.

Sob essa perspectiva, em um primeiro momento o legislador faz a opção pela criminalização, ou não, de determinada conduta, em um segundo momento, a conduta já criminalizada, passa a existir de forma concreta, através do devido processo constitucional legislativo e com a conseqüente cominação de uma pena necessária, a qual deve compreender os quadrantes supracitados²⁴⁴.

Nesse caminhar, o princípio da legalidade, o princípio da reserva legal, o princípio da culpa, o princípio da proporcionalidade e o princípio da humanidade passam a ter

²⁴¹ Vide, Zaffaroni (2007, p. 316-317).

²⁴² Em profundidade, Guimarães (2019).

²⁴³ Para Guimarães (2019, p. 143), em razão do nível de importância dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, e considerando que estes são os bens jurídicos mais importantes para conservação da ordem jurídica e social, tais bens somente se compatibilizam, em respeito mesmo aos princípios da proporcionalidade e da *ultima ratio*, com a proteção exclusiva da pena privativa de liberdade. Acrescendo à temática, Kindhäuser (2017, p. 49 e ss.) desenvolve o estudo sobre os níveis de determinação do valor da norma, os quais devem atender aos princípios do utilitarismo, utilidade pragmático-social e utilidade distributiva, ou seja, a norma deve ser apta a cumprir com os fins requeridos, que somente devem ser valorados bens jurídicos que possam ser objeto de proteção efetiva da norma e que tais normas possam se configurar, sincrônica e diacronicamente, como vantajosa para todos.

²⁴⁴ Guimarães (2019, p. 141) compreende que a proporcionalidade deve acompanhar a tipificação de condutas e, por via de consequência, a aplicação das sanções penais e, dessa forma, reconhecer a importância de um dos principais argumentos que objetivam justificar as teorias neoretributivas. Após influenciar o legislador na escolha dos bens jurídicos essenciais a serem protegidos por uma pena privativa de liberdade, a proporcionalidade ou justa retribuição, baseada na culpabilidade do agente infrator, portanto, deve ser considerada como um requisito essencial para aplicação da pena, em busca de decisões justas, o que é inerente aos fins pugnados por todo o sistema de justiça e, dessarte, como um fundamento integrante do discurso teórico para legitimação da aplicação das sanções penais.

existência jurídica concreta, para análise específica, após a efetivação do programa normativo feito pelo legislador²⁴⁵.

Ocorre que no âmbito de efetivação do programa normativo feito pelo legislador há uma expressiva quantidade de bens jurídicos tutelados que não possuem dignidade constitucional, o que ocasiona enormes deformidades ao poder punitivo, conforme demonstrado na análise da cifra oculta.

E isso se dá porque, propositalmente, há uma névoa criada para encobrir os limites da atuação punitiva do Estado e, conseqüentemente, o espectro de discricionariedade de que dispõe o legislador penal.

Assim, veja-se, dizer que o legislador não pode custodiar com pena bens “incompatíveis com a Constituição”²⁴⁶ não é a mesma coisa que dizer que este legislador só pode tutelar penalmente bens jurídicos efetivamente reconhecidos pela Constituição.

Com esse sentir, não restam dúvidas de que os limites do conceito de bem jurídico penal é repleto de sutilezas capazes de maximizar o exercício da violência legal exercida pelo Estado, razão pela qual, mesmo diante de um conceito estrito de limite da Constituição, não se deve perder de vista os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Nesse sentido, entende-se como imprescindível que o princípio da proporcionalidade seja levado sempre em conta para proteção e manutenção da ordem jurídica, até mesmo para que seja preservado o sentido de justiça que deve permear a percepção da comunidade que é a destinatária do sistema formal de controle social²⁴⁷, entretanto, importa deixar expresso que não se compartilha do entendimento de que algo que é imanente ao objeto possa justificar sua aplicação; é dizer, a pena não pode ser legitimada porque vai ser aplicada de forma proporcional e justa, sem nenhuma finalidade correlata²⁴⁸.

²⁴⁵ Sobre o tema, Cfr. Ashworth (2009), Freire Júnior e Senna (2009).

²⁴⁶ Vide, Dolcino (1994, p. 164).

²⁴⁷ Robinson (2015) defende que um Sistema de Justiça Penal que é percebido pela comunidade que disciplina como um sistema justo, aumenta as possibilidades de obter respeito e, assim, conformidade dos comportamentos à norma. Por outro lado, um Sistema de Justiça Penal injusto pode levar ao vigilantismo, quando a comunidade faz justiça com as próprias mãos ou quando os atores do sistema de controle penal subvertem a ordem por percebê-la injusta. No mesmo sentido, Cfr. Kindhäuser (2017, p. 50 e ss.) que desenvolve o Princípio da Utilidade Distributiva.

²⁴⁸ Vide, Guimarães (2019, p. 145). Sobre a aplicação das penas em uma perspectiva de censura proporcional ao delito, Cfr. Hirsch (1998, p. 45 e ss.).

Conforme reiterado, sem que seja aplicada para proteger e manter a ordem jurídica, a pena carece de sentido, não auferir legitimidade, estando a proporcionalidade e a justiça das decisões, necessariamente, vinculadas a esse objetivo²⁴⁹.

Importante, portanto, que fique clara a estreita correlação entre os bens jurídicos penais essenciais que, pela via da filtragem constitucional, integram o núcleo duro da ordem jurídica e, conseqüentemente, a necessidade efetiva de sua proteção pelo sistema punitivo, evitando-se, assim, os nefastos efeitos de um Direito Penal apenas simbólico, no mais das vezes somatizado pela perspectiva de diversificação e por mecanismos de justiça processual penal negociada.

No referido horizonte, entende-se que tanto a diversificação quanto os mecanismos de justiça processual penal negociada não são reais substitutivos da prisão, mas, isto sim, um meio paralelo de ampliação do poder punitivo do Estado, o qual a onipresença passa a imprimir, indistintamente, disciplina social por intermédio do adestramento e submissão às ordens vigentes²⁵⁰.

A lógica em curso é de compreensão simples porque, à medida que a inflação legislativa penal ganha corpo, faz-se necessário racionalizar os recursos disponíveis para o fim de responder às exigências de sua expansão. Com isso, o sistema de pensamento arraigado na racionalidade penal moderna entende que é fundamental diversificar o catálogo de penas e promover novos mecanismos de justiça penal, com menos dispêndio econômico, sem gasto de tempo e de atividades que seriam realizadas no curso normal do processo.

Os ganhos advindos com a diminuição do alcance do Direito Penal à proteção de bens essenciais a sobrevivência e equilíbrio do Estado pela aplicação exclusiva da pena privativa de liberdade são expressivos à medida que se vislumbra que por tal via estariam extintas as possibilidades de distorções das imposições da reprimenda penal, quer por omissões, quer por excessos²⁵¹, assim como apresentado pela doutrina da severidade máxima.

A partir desse marco, fica claro que a importância desta via de entendimento reside na exclusão da viabilidade das teorias mistas – as quais fragilizam os fundamentos de

²⁴⁹ Abordando a temática, Roxin (2000a) desenvolve que a pena deve ser justa retribuição proporcional direcionada a fins preventivos gerais e especiais, podendo, inclusive, deixar de ser aplicada quando tais exigências estiverem ausentes.

²⁵⁰ Dentro dessa concepção, Karam (2006, p. 103).

²⁵¹ Em profundidade, Cfr. Guimarães (2019, p. 148). Mañalich (2007, p. 169 e ss.) utiliza a denominação de externalidades positivas para as conseqüências não perseguidas pelas penas, mas que, entretanto, podem ser alcançadas, não significando que possam justificar sua aplicação.

legitimação do Direito Penal e de aplicação da pena –, relegando-as à possibilidade de alcance contingente das funções derivadas, sem que estas se configurem como fontes de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação do controle social formal, já que, pela via do mau funcionamento das Instituições que o integram, intenta-se vulnerar todo o arcabouço teórico que justifica e legitima o direito de punir sob o argumento de este que cumpre as funções da pena que apregoa²⁵².

Em síntese, reafirma-se não ser razoável que bens jurídicos de grande envergadura, em razão de sua essencialidade, sejam protegidos por penas alternativas e multas ou, ainda, que proliferem criminalizações de condutas fora do âmbito da necessidade de proteção pela pena privativa de liberdade que, na prática, acabam por não apresentar nem efetividade nem legitimidade, expressando apenas raiva e indignação do poder punitivo direcionada àqueles que servirão de exemplo ao corpo social.

Nessa senda, entende-se que fins utilitários não podem ditar as normas de aplicação da pena em detrimento da proteção e manutenção da ordem jurídica, vez que em razão da importância que esta ordem representa para própria sobrevivência da ordem social, sempre necessitará de proteção pela via da aplicação da pena privativa de liberdade, haja vista a essencialidade refletida nos bens jurídicos que protege na esfera punitiva.

Por todo o exposto, o caminho percorrido demonstra que, de um poder seletivo extremamente vago e discricionário, a pauta criminalizante deve ser amoldada aos valores efetivamente reconhecidos pela Constituição para que, em seguida, a tutela de bens jurídicos penais seja capaz de ostentar razoabilidade e coerência entre os valores constitucionalmente protegidos e a sanção imposta, sendo que a decorrência lógica do sobredito enseja a incidência da pena privativa de liberdade.

Nesse diapasão, com a clara finalidade de proteger e manter a ordem jurídica, e consequentemente assegurar a existência da ordem social, o conceito de bem jurídico penal essencial, fundado na filtragem constitucional e na pena privativa de liberdade enquanto *ultima ratio*, acresce em efetividade à medida que a sanção penal passa a evidenciar sua imposição precipuamente fundada em uma retribuição delimitada pela culpabilidade do agente; decorrendo, pois, além de proporcionalidade, em imprescindível alocação dos fins

²⁵² Acerca da temática, Cfr. Guimarães (2019, p. 148).

prevencionistas à condição de contingentes, fator preponderante em direção à busca de legitimidade para o exercício do poder punitivo do Estado.

5. CONCLUSÃO.

A demonstração da existência de uma cultura punitiva que se encontra enraizada na sociedade, de um modo de pensar colonizador do Direito Penal e dos obstáculos impostos à superação desse estado de coisas foi apresentada por intermédio da racionalidade penal moderna.

Um sistema de pensamento de contornos precisos e que corrobora para o protagonismo do sistema punitivo, além, é claro, de escassear a concretização de mecanismos legais contrários à expansão penal.

Inserido nessa perspectiva, o corpo social busca pelo direito à segurança e pela segurança dos direitos incrementando o catálogo de restrição de direitos e garantias fundamentais cuja feição punitiva simbólica, amplamente visualizada através desse processo de expansão do Direito Penal, impede a formatação de soluções distintas.

Nesse caminhar em círculo, ressoa a dissonância existente entre a propalada intervenção mínima e a prática legislativa arraigada no expediente de equacionar conflitos sociais com o emprego do poder punitivo.

Conferindo materialidade a esses argumentos, o campo investigativo de análise da cifra oculta desencadeia a constatação de que a excessiva criminalização em todas as órbitas torna questionável a dignificação concedida aos bens jurídicos penais.

Em outras palavras, a aferição do mal funcionamento do sistema penal, decorrente do excesso de tipificações penais, contrasta com a necessária efetividade e legitimidade que devem protagonizar seu exercício, pois, conforme observado pela pesquisa de campo realizada, sequer os bens jurídicos penais mais caros ao corpo social são protegidos.

Diante dessa realidade irracional o Direito Penal soçobra e horizontaliza consequências deslegitimadoras, conforme foi apreciado pela pesquisa de campo ao abordar o tempo de duração dos Inquéritos Policiais e as razões exaradas nos pareceres de arquivamento destes.

Nesse conduto, acerca do tempo de duração dos Inquéritos Policiais e das razões exaradas nos pareceres de arquivamento destes, referenciou-se que o alcance dos prazos prescricionais aguça o sentimento de descrédito nas instituições que compõem o sistema de

justiça, porque o caso levado à solução institucionalizada permanece irresoluto e o conflito social ocasionado pelo delito prossegue sem ser pacificado.

Corroborando com o exposto, foram apresentados dados que demonstram que, de 2013 a 2017, o índice de confiança na justiça do Brasil apresentou acentuada queda, tendo, *verbi gratia*, a confiança na Polícia e no Poder Judiciário caído 10 pontos percentuais e a confiança no Ministério Público caído 22 pontos percentuais.

Lado outro, acerca das condutas típicas, consignou-se que, do total de 556 (quinhentos e cinquenta e seis) condutas típicas catalogadas pela pesquisa, 497 (quatrocentos e noventa e sete), ou seja, 89,38% (oitenta e nove vírgula trinta e oito por cento) correspondem aos tipos penais dispostos na Parte Especial do Código Penal, sendo que as principais incidências referem-se aos crimes de homicídio, lesão corporal, maus tratos, ameaça, furto, roubo, apropriação indébita, estupro, estupro de vulnerável e abandono material.

Ainda no pormenor dos dados coletados durante a realização da pesquisa de campo, constatou-se que o maior número de incidências criminais está repartido, na Parte Especial do Código Penal, entre o Título dos Crimes Contra a Pessoa (Título I – 31,29%), o Título dos Crimes Contra o Patrimônio (Título II – 36,15%) e o Títulos dos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI – 17,98%), os quais a soma de seus valores percentuais corresponde a 85,42% (oitenta e cinco vírgula quarenta e dois por cento) das condutas típicas catalogadas.

Somando-se ao sobredito, após realizar-se o cotejo entre as condutas típicas referentes à Parte Especial do Código Penal e aquelas contidas na Legislação Penal Especial, constatou-se que os principais crimes que compõem a cifra oculta nos Inquéritos Policiais pesquisados correspondem a 85,5% (oitenta e cinco vírgula cinco por cento) do total de condutas catalogadas, sendo eles: 1) o crime de roubo (22,93%); 2) o crime de homicídio (22,13%); 3) o crime de furto (12,47%); 4) o crime de estupro de vulnerável (10,79%); 5) o crime de lesão corporal (6,23%); 6) o crime de estupro (4,13%); 7) o crime de tortura (4,49%); e, 8) o crime de abuso de autoridade (2,33%).

Demais disso, ressalta-se que também foram investigadas condutas diversas e que representam uma parcela inexpressiva da cifra oculta nos Inquéritos Policiais pesquisados, mas que se agregam ao núcleo de valores protegidos pelo corpo social e que, por seu intermédio, é possível constatar que emana do sistema punitivo uma atuação simbólica despreocupada com o controle do crime, todavia destinada a expressar raiva e indignação com sua ocorrência.

No ponto referenciado, foi exemplificada a Lei nº 14.155/21 – altera o Código Penal para ampliar as penas dos crimes de furto e estelionato praticados com o uso de dispositivos eletrônicos como celulares, computadores e *tablets* –, a qual materializa uma programação normativa objetivando contrabalançar os efeitos dos casos que escapam ao âmbito de resolutividade do sistema punitivo (cifra oculta) e, igualmente, estabelecer um critério-chave fundado na maximização do preceito secundário da norma penal para reprimir aqueles crimes que facilmente podem ser cometidos, ou ocultados, ou que imponham dificuldade à sua prevenção.

Desenvolvendo o raciocínio após a transcrição dos referidos dados, confere-se notoriedade à constatação de que a inefetividade do Direito Penal em reprimir condutas lesivas ao corpo social aloca-se nos bens jurídicos mais caros à sociedade.

E, nesse imbricar de coisas, evidencia-se que a operacionalidade real do sistema penal e o discurso jurídico-penal oficializados são cada vez mais antagônicos, ao ponto de a programação normativa ser fundamentada em uma realidade que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuar de forma amplamente diversa.

Assim sendo, afigura-se hialino que esse movimento de expansão do Direito Penal, que se realiza por intermédio da atuação simbólica do poder punitivo, resulta em um efeito paradoxal consistente na redução inversamente proporcional de sua força cogente. É dizer: à medida que se expande perde efetividade e toma a forma de poder destituído de racionalidade.

Em oposição ao sobredito, a contramarcha apresentada para a necessária definição de limites para criminalização de condutas desviantes reside na percepção que contrasta com o ideário da “guerra ao crime” e da “mentalidade guerreira”, à medida que converge para redução do âmbito de atuação do Direito Penal, porquanto se entende que é imperioso fazer algo diferente para conter seu expansionismo.

Nessa medida, a defesa de uma reforma redutora contempla o caminho iluminado pela evitação penal, porque este – ao contrário da diversificação penal que incide na tipologia, modalidade, de pena – restringe o âmbito de atuação do Direito Penal.

Desta feita, por intermédio da evitação penal a pena privativa de liberdade aplicar-se-á somente àquelas condutas que violem bens jurídicos cuja dignidade constitucional exija essa reprimenda.

Do contrário, caberá às demais forças que compõe o sistema jurídico (v.g. Direito Civil, Direito Administrativo, etc.) promover a pacificação social do conflito, pois não é coerente que a imposição de penas alternativas, ou ainda de multas, representem a *ultima ratio* da disciplina social.

Sob esse prisma, para entender a evitação penal pleiteada é preciso olhar a temática a partir da perspectiva do Direito Constitucional Penal e, logicamente, da ideia de Constituição Penal, mormente na posição que defende ser o Direito Penal o instrumento que tem como objeto específico a defesa do âmago do Direito.

Por essa via, conclui-se, que, paralelamente à necessidade de se refrear o processo contínuo de inflação legislativa em matéria penal, é fundamental trazer para o centro do debate a importância de se apresentar um critério objetivo para a realização da tarefa de escolha dos bens jurídicos merecedores de proteção penal, já que é nesse momento que são inseridas deformidades no Direito Penal contemporâneo.

A partir da referida demarcação passarão a ser protegidos os bens jurídicos que constitucionalmente reflitam as liberdades essenciais, que formam e são a razão de existir do Estado de Direito democrático; para que, finalmente, seja possível implementar um Direito Penal minimamente eficaz e, desta forma, manter em vigor a ordem jurídica tão necessária à concreção das promessas desse ente abstrato representativo da multiplicidade e heterogeneidade de vontades que o constituem.

Desta forma, a evitação penal promovida por intermédio da objetivação conceitual do bem jurídico penal, para além da consecução de requisitos fundamentais para criminalização de condutas lesivas, possibilita um passo a mais em direção à busca de legitimidade para o exercício do poder punitivo do Estado.

Isso porque, com a superação de um poder seletivo extremamente vago e discricionário, a pauta criminalizante passa a ser amoldada aos valores efetivamente reconhecidos pela Constituição para que, em seguida, a tutela de bens jurídicos penais seja capaz de ostentar razoabilidade e coerência entre os valores constitucionalmente protegidos e a sanção imposta, sendo que a decorrência lógica do sobredito, diante do grau de importância do bem jurídico protegido, enseja a incidência da pena privativa de liberdade.

Nesse diapasão, com a clara finalidade de proteger e manter a ordem jurídica, e consequentemente assegurar a existência da ordem social, o conceito de bem jurídico penal essencial, fundado na filtragem constitucional e na pena privativa de liberdade enquanto *ultima*

ratio, acresce em efetividade à medida que a sanção penal passa a evidenciar sua imposição precipuamente fundada em uma retribuição delimitada pela culpabilidade do agente; decorrendo, pois, além de proporcionalidade, em imprescindível alocação dos fins prevencionistas à condição de contingentes, fator preponderante em direção à busca de legitimidade para o exercício do poder punitivo do Estado.

Alcançados esses termos, indubitavelmente poder-se-á conferir efetividade ao Direito Penal e, igualmente, irromper com o processo de expansão que lhe retira a racionalidade e o reduz ao mero exercício da força, aniquilando-o enquanto Direito.

REFERÊNCIAS.

ACOSTA, Fernando. De l'événement à l'infraction : le processus de mise en forme pénale. *Déviance et Société*, Montreal, v. II, n. 1, p. 1-40, 1987.

ADORNO, Sérgio. DIAS, Camila. Monopólio estatal da violência. In: **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 159-166.

ALVES, Sílvia. **Punir e humanizar**. O Direito Penal setecentista. 2008. 1555f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. I, Lisboa, 2008.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal consensual**. Salvador: Juspodivm, 2019.

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

_____. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro. Forense: 1983.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla de. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ASHWORTH, Andrew. **Principles of Criminal Law**. 6 ed. London: Oxford University Press, 2009.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma análise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos de respecto de los derechos humanos em la ley penal. **Revista Criminología y Derecho**. Montevideo, 1ª ed. p. 7 e ss, 1987.

_____. Resocialización o control social – por un concepto crítico de reintegración social Del condenado. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Tutela penal dos direitos humanos. Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun.1993.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 271, 2º. Semestre de 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Le coût humain de la mondialisation**. Paris: Hachette, 1998.

BEATO FILHO, Cláudio Chaves. Fontes de dados principais em estudos criminológicos: limites e potenciais. In: **Fórum de Debates Criminalidade, Violência e Segurança Pública no Brasil: uma discussão sobre bases de dados e questões metodológicas**. Rio de Janeiro: Ipea; Ucam, 2000. p. 88-110.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo**. Barcelona: Civitas, 1998.

_____. **Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. Organização e Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte (MG): Autêntica, 2000.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, N. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479>>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acessado em 01/06/2021.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acessado em 01/06/2021.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.099, de 26 setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.613, de 3 março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13257.htm>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 84.548 – São Paulo. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>>. Acessado em: 27 de ago. de 2020.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal:** orientado para a vítima de crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: SAFE, 1992.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa:** uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas – SP: LNZ, 2005.

CERVINI, Raul. A Cifra Negra da Criminalidade Oculta. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v. I, n. 28, p. 154 e ss, 1992.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista.** Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CHRISTIE, Nils. **Au bout de nos peines.** Bruxelas: Larcier, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **“Constituição e Crime” – Uma perspectiva da criminalização e descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do crime:** da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 1998.

DESCARTES, René. **Discurso del método.** Buenos Aires: Centro Editor de Cultura, 2006.

DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciência Criminais.** São Paulo: RT, ano 9, nº 33, 2001.

_____. **Direito Penal:** parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOLCINI, Emílio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, Tradução: José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Coimbra: Aequitas Editorial Notícias, Ano 4, Fasc. 2, Abril-Junho, 1994.

DONNA, Edgardo. El Derecho Penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). **Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita.** Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 65-84.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade.** Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 123, 2º. Semestre de 2002.

DURKHEIM, Émile. **Selected Writings.** Cambridge: Cambridge University Press, 1972.

FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Elementos de análise da “cifra negra” na delinquência convencional: uma visão vitimológica. **Revista Espaço Acadêmico.** Maringá, v. 123, p. 84-92, 2011.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRI, Enrico. **The Positive School of Criminology.** Tradução inglesa da obra La Scuola Positiva de Criminologia. Tradução de Ernest Untermann, 1908, in Project Gutenberg, jan. 2004. Disponível em: < <https://www.gutenberg.org/files/10580/10580-h/10580-h.html> >. Acesso em: 02 out. 2020.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJ/Brasil:** 1º semestre/2017. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso: mar. de 2020.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Tradução de Heloisa Estellita Salomão. **Revista dos Tribunais.** ano 89, junho de 2000, vol. 776, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das Ciências Humanas. São Paulo: Martins Fontes, 1966.

_____. **O nascimento da clínica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 34. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

_____. **A Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

GARCIA, Margarida. **Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les theories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation**. Tese. (Doutorado em sociologia). Montreal: Université du Québec à Montreal, 2009.

_____. **La théorie de la rationalité pénale moderne: un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel**. In: Dubé, Garcia & Machado (Orgs.), **La rationalité pénale moderne: réflexions théoriques et explorations empiriques**. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de Teoria Social. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

_____. **As contradições da Sociedade Punitiva: o caso britânico**. **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 86, 2º. Semestre de 2002.

_____. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. **Pensamento criminológico**, v. 16. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2008.

GAROFALO, Rafael. **Criminologia**. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas: PED, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito Penal**. v.1. Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Bien jurídico y constitución**. Madrid: Fundación Ruan March, 1980.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Justiça Penal Consensual e as Garantias Constitucionais no Sistema Criminal do Brasil e dos EUA**. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 29. n.1. p. 55-71, Fortaleza, jan/jun de 2019.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUEDES, Olegna; SILVA, Silmara Carneiro e. **Emancipação**, Ponta Grossa, Número especial, 2013, p. 133-143.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Bem jurídico penal. *Juris Itinera*. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luis, 2000.

_____. **Direito Penal Parte Geral: por uma introdução crítica**. São Luís: EdiCeuma, 2001.

_____. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo**. 2004. 305 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

_____. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. O caso Minas Gerais: da atrofia do Estado social à maximização do Estado penal. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, p. 287-300, 2006.

_____; REGO, D. U. Funções dogmáticas e legitimidade dos tipos penais na sociedade do risco. **Revista do Ministério do Estado do Maranhão**, *Juris Itinera*, São Luís, v. 1, n. 15, p. 213-240, jan./dez. 2008.

_____. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal. A defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____; REGO, D. U. **As Variáveis Socioeconômicas como Pressupostos para a Efetiva Criminalização no Sistema Penal Brasileiro**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (ORG). *Teoria Geral da Tutela Penal Transindividual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 455-475, 2011.

_____. Reflexões acerca do controle social formal: discutindo os fundamentos do direito de punir. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 23, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>. Acesso em 02 de nov. de 2020.

_____; CASTELO BRANCO, T. S.; GODOY, S. F. C. Estado e Controle Social na Sociedade Contemporânea: entre a Legitimação e a crítica Abolicionista. **Revista Do Ministério Público do Estado do Maranhão**, *Juris Itinera*, São Luís, v. 1, p. 121-135, jan./dez. 2018.

_____. **Rediscutindo os fundamentos do direito de punir**. Do neorretribucionismo e seus reflexos no âmbito do controle social formal. Tese de Pós-Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2009.

HART, Herbert L. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: HART, Herbert L. A. **Punishment and Responsibility**. Oxford: Clarendon Press, 1968.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Tradução de Maria Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HIRSCH, Andrew Von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67, jul./agos. de 2007, p. 11-28.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOODS, Rogers; SPARK, Richard. **Problemas claves em criminologia**. Biblioteca para el hombre actual. Madrid (España): Ediciones Guadarrama, 1970.

HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. in Benjamin *et al.* Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HULSMAN, Louk; CHRISTIE, Nils; MATHIESEN, Thomas. **Abolicionismo Penal**. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 6, p. 117-132, abril/jun. 1994.

_____. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113. Jan a Jun de 2006.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

_____. **Bien Jurídico, Seguridad e hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal**. San Justo: Universidad Nacional de La Matanza, 2017.

KIST, Dário José. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. **Direito e Democracia**. Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-179, 1º. Semestre de 2003.

LECOURT, Dominique. **Para uma crítica da epistemologia**. Lisboa: Assírio e Alvin, 1980.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russel, 2003.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javie. **Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy**. Sarbrücken (Alemania), Editorial Académica Española, 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedad**. México: Universidad Ibero-americana, 2007.

MA, Yue. A discricionariade do Promotor e Justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. **Revista do CNMP**, Brasília, n. 1, p. 198-199, 2011.

MACHADO, M. R. **Beccaria e a racionalidade penal moderna na história dos saberes sobre o crime e a pena de Alvaro Pires**. In: GARCIA, B. Instituições de Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANDARINO, Renan Posella; *et al.* A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 37. n.1. p. 281-299, Fortaleza, jan/jun de 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

MARY, Philippe. Pénalité et gestion des risques: vers une justice "actuarielle" en Europe? **Déviance et Sociétés**. Paris, v. 25, n. 1, p. 33-51, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas-SP: Bookseller, vol. II, 1997.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: Conceito, objeto, método**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. **Revista de Estudios Públicos**, n. 108, 2007, p. 117-205.

MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition: essays in political action theory**. Oslo: Universitetsforlaget, 1974.

MEAD, George Herbert. The Psychology of Punitive Justice. **American Journal of Sociology**. Chicago, v. 23, n. 5, p. 577-602, 1918.

MERTON, Robert K. **Teoria social y estructura sociales**. Trad. Florentino M. Torner. México: Fondo de Cultura, 1964.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed., São Paulo: Forense, 2015.

MIALLE, Michel. Reflexão Crítica sobre o conhecimento jurídico: possibilidades e limites. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). **Crítica do direito e do estado**. Rio de Janeiro: Gral, 1984.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (ORG.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro**. 1997. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

MORIN, Edgar. **La méthode: La nature de la nature**. Paris: Éditions du Seuil, 1997.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil Law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol 14, n.1, 2014. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>>. Acesso em: 23.05.2019.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del Estado liberal al Derecho penal del enemigo. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.) **Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008.

NUVOLONE, Pietro. **O Sistema do Direito Penal**. v. 1. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

OLIVÉ, José Carlos Ferré. El Plea Bargaining, o cómo pervertir La justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Junho, 2018. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 22 de nov. de 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 77.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e racionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAINE, Tomas. Senso Comum. In: **Coleção os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. **Dados**, v. 25, Rio de Janeiro, 1982.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. Conceito material de crime e reforma penal. **Anatomia do crime**, n. 0, p. 11-26, jul./dez. de 2014.

_____. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. **Julgar**, n. 29, p. 105-121, 2016.

_____. **Direito Penal**. Conceito material da crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Álvaro. La réforme pénale et la réciprocité des droits. **Criminologie**, Montréal, v. 25, n. 1, p. 77-104, 1992.

_____. La criminologie d'hier et d'aujourd'hui. In: **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. I. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

_____. La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII siècle. In: **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. II. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de l'Université & Ottawa, 1998a.

_____. Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In: **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. II. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998b.

_____. La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières. In: **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. II. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998c.

_____. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne. In: **Histoire des savoirs sur le crime et la peine**. v. II. Perspectives criminologiques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998d.

_____. La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. **Sociologie et sociétés**. Montréal, vol. 33, n. 1, p. 179-204, 2001a.

_____. La ligne Maginot en droit pénal : la protection contre le crime versus la protection contre le Prince. **Revue de droit pénal et de criminologie**. Belgique, v. 81, n. 2, p. 145-170, 2001b.

_____. Codifications et réformes pénales". **Crime et sécurité. L'état des savoirs**. Paris: Les Éditions La Découverte, 2002.

_____. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RAKOFF, Jed. S. Why the innocent people plead guilty. **The New York Review of Books**. 2014. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/whyinnocent-people-plead-guilty/>. Acesso em: 28.05.2020.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Sociología de la cárcel. In: BERGALLI, Roberto. **Control social punitivo**. Sistema Penal e instancias de aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel). Barcelona: Bosch, 1996.

ROBINSON, Paul. H. El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 22, 2015.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. In: **Bachelard e os obstáculos epistemológicos à pesquisa científica do direito**. *Sequência (Florianópolis)* [online]. 2012, n. 64, p. 307-334. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p307>>. Acessado em 06 de nov. de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

ROXIN, Claus. Sentido y Límites de la Pena Estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1976.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Tradução Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.

_____. **La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2000b.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SACK, F. Neue Perspektiven in der Kriminologie. In: F. SACK et R. KÖNIG (Org.). **Kriminalsoziologie**. Frankfurt: Akademische Verlagsgesellschaft, 1968.

SANDEL, Michael. **Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tier état?** PUF, 1982.
- SILVA, Heloísa Helena Correa da; FERREIRA, Luciana Paes Barreto; BARROS, Maria Lúcia. Estado/Sociedade e o controle social. **DIVERS@ Rev. Elet. Interdisc.** Matinhos, v.1, n. 1, p. 23-39, jul./dez. 2020.
- SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 649- 665, 2015.
- _____; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1. p. 376-394, 2016.
- THOREAU, Henry David. **A desobediência civil seguido de Walden**. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VAN DE KERCHOVE, Michel. Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité. In: **Dangerosité et Justice pénale: ambigüité d'une pratique**. Geneve: Masson, Médecine et Hygiène, 1981.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negociada**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VELOSO, Roberto Carvalho. **A influência da Teoria do Consenso na Justiça Penal**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Pernambuco. 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4809/1/arquivo7113_1.pdf>. Acesso em: 16.05.2020
- VIANA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao Direito Penal cibernético. **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro, ano 9, n. 14. p. 63, 1º e 2º. Semestre de 2002.
- XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 18. n. 84. maio – junho de 2010.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WATZLAWICK, Paul. La mouche et la bouteille à mouches. In: **L'invention de la réalité**. Comment savons-nous ce que nous croyons savoir? Paris, Seuil, 1988.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____ ; *et al.* **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

TABELA DE CRIMES CATALOGADOS			
PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL			
TÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A PESSOA			
CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A VIDA (ARTS. 121 A 128)			
Art. 121, <i>caput</i> – 12,58% (70) Art. 121, § 2º – 3,59% (20) Art. 121, § 3º – 0,17% (1) Art. 121 c/c Art. 14, II – 3,41% (19)		Art. 128, I – 0,17% (1)	
CAPÍTULO II DAS LESÕES CORPORAIS (ART. 129)			
Art. 129, <i>caput</i> – 1,43% (8) Art. 129, § 1º – 2,33% (13) Art. 129, § 2º – 0,53% (3) Art. 129, § 6º – 0,71% (4) Art. 129, § 9º – 0,53% (3)			
CAPÍTULO III DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE (ARTS. 130 A 136)			
Art. 133, <i>caput</i> – 0,35% (2)	Art. 135, <i>caput</i> – 0,17% (1)	Art. 136, <i>caput</i> – 0,53% (3) Art. 136, § 1º – 0,35% (2) Art. 136, § 3º – 0,71% (4)	
CAPÍTULO V DOS CRIMES CONTRA A HONRA (ARTS. 138 A 145)			
Art. 138, <i>caput</i> – 0,17% (1)	Art. 139, <i>caput</i> – 0,17% (1)	Art. 140, <i>caput</i> – 0,17% (1) Art. 140, § 3º – 0,17% (1)	Art. 144 – 0,17% (1)
CAPÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL (ARTS. 146 A 149-A)			
Art. 146, <i>caput</i> – 0,53% (3)	Art. 147 – 1,81% (9)	Art. 148, <i>caput</i> – 0,35% (2)	

**TÍTULO II
DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO**

**CAPÍTULO I
DO FURTO (ARTS. 155 E 156)**

Art 155, *caput* – 5,39% (30)
 Art. 155, § 1º – 0,89% (5)
 Art. 155, § 2º – 0,35% (2)
 Art. 155, § 4º – 4,49% (25)

**CAPÍTULO II
DO ROUBO E DA EXTORSÃO (ARTS. 157 A 160)**

<p>Art. 157, <i>caput</i> – 2,87% (16) Art. 157, § 1º – 0,71% (4) Art. 157, § 2º – 10,79% (66) Art. 157, § 2º-A – 1,43% (8) Art. 157, § 3º – 2,69% (15) Art. 157, § 2º c/c Art. 14,II – 0,35% (2) Art. 157, §§ 2º e 2º-A c/c Art. 14, II – 0,35% (2) Art. 157, § 3º c/c Art. 14, II – 0,17% (1)</p>	<p>Art. 159, <i>caput</i> – 0,17% (1)</p>
--	---

**CAPÍTULO IV
DO DANO (ARTS. 163 A 167)**

Art. 163, *caput* – 0,35% (2)

**CAPÍTULO V
DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ARTS. 168 A 170)**

Art. 168, *caput* – 1,07% (6)
 Art. 168, § 1º – 1,61% (9)

**CAPÍTULO VI
DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES**

Art. 171, *caput* – 0,53% (3)
 Art. 171, § 2º – 0,17% (1)

**CAPÍTULO VII
DA RECEPÇÃO**

Art. 180, *caput* – 0,35% (2)
 Art. 180, § 1º – 0,17% (1)

**TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL (ARTS. 213 A 216-A)**

Art. 213, <i>caput</i> – 2,87% (16) Art. 213, § 1º – 0,53% (3) Art. 213 c/c Art. 14 – 0,53% (3) Art. 213 c/c Art. 224, “a” – 0,17% (1)	Art. 214 – 0,71% (4)	Art. 215, <i>caput</i> – 0,17% (1)	Art. 216-A – 0,17% (1) Art. 216-A, § 2º – 0,35% (2)
---	----------------------	------------------------------------	--

**CAPÍTULO II
DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL (ART. 217 A 218-C)**

Art. 217 – 0,17% (1) Art. 217 c/c Art. 14, II – 0,53% (3)	Art. 217-A – 9,89% (55) Art. 217-A c/c Art. 14, II – 0,89% (5)	Art. 218 – 0,17% (1)	Art. 218-A – 0,35% (2)	Art. 218-B – 0,17% (1)
--	---	----------------------	------------------------	------------------------

**CAPÍTULO V
DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO
OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL (ARTS. 227 A 232-A)**

Art. 228, § 1º – 0,17% (1)

**TÍTULO VI
DOS CRIMES CONTRA A FAMÍLIA**

**CAPÍTULO II
DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO (ARTS. 241 A 243)**

Art. 242, *caput* – 0,17% (1)

**CAPÍTULO III
DOS CRIMES CONTRA A ASSITÊNCIA FAMILIAR (ARTS. 244 A 247)**

Art. 244, *caput* – 1,60% (8)

**TÍTULO VIII
DOS CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA**

**CAPÍTULO I
DOS CRIMES DE PERIGO COMUM (ARTS. 250 A 259)**

Art. 250, § 1º – 0,17% (1)

**TÍTULO IX
DOS CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA (ARTS. 286 A 288-A)**

Art. 288, *caput* – 0,35% (2)

**TÍTULO X
DOS CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA**

**CAPÍTULO II
DA FALSIDADE DOCUMENTAL (ARTS. 296 A 305)**

Art. 299, *caput* – 0,53% (3)

Art. 304 – 0,17% (1)

**TÍTULO XI
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CAPÍTULO I
DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**

Art. 312, *caput* – 0,17% (1)

**CAPÍTULO II
DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**

Art. 329, *caput* – 0,17% (1)

Art. 330 – 0,17% (1)

Art. 331 – 0,17% (1)

**CAPÍTULO III
DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

Art. 344 – 0,17% (1)

Art. 345, *caput* – 0,17% (1)

TABELA DE CRIMES CATALOGADOS			
LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL			
LEI Nº9.455/1997 – TORTURA			
Art. 1º, I, “a” – 4,31% (24) Art. 1º, II – 0,17% (1)			
LEI Nº 4.898/1965 – ABUSO DE AUTORIDADE			
Art. 3º, “i” – 2,33% (13)			
LEI Nº 10.826/2003 – ESTATUTO DO DESARMAMENTO			
Art. 12 – 0,17% (1)	Art. 14 – 0,35% (2)	Art. 15 – 0,53% (3)	Art. 16, <i>caput</i> – 0,53% (3)
LEI Nº 11.343/2006 – LEI DE DROGAS			
Art. 33, <i>caput</i> – 0,53% (3)			
LEI Nº 8.069/1990 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE			
Art. 232 – 0,17% (1)	Art. 238 – 0,17% (1)	Art. 244 – 0,17% (1)	
LEI Nº 11.340/2006 – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA			
Art. 7º, I - 0,17% (1)			
LEI Nº 9.503/1997 – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO			
Art. 304, <i>caput</i> – 0,17% (1)			
LEI Nº 7.853/1989 – PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA			
Art. 8ª, I – 0,17% (1)			
DECRETO LEI Nº 3.688/1941 – LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS			
Art. 42, III – 0,17% (1)		Art. 63, I – 0,17% (1)	

TABELA DE INCIDÊNCIA DOS PRINCIPAIS CRIMES CATALOGADOS

ROUBO (22,93%)

Art. 157, <i>caput</i> – 2,87% (16) Art. 157, § 1º – 0,71% (4) Art. 157, § 2º – 10,79% (66) Art. 157, § 2º-A – 1,43% (8) Art. 157, § 3º – 2,69% (15) Art. 157, § 2º c/c Art. 14,II – 0,35% (2) Art. 157, §§ 2º e 2º-A c/c Art. 14, II – 0,35% (2) Art. 157, § 3º c/c Art. 14, II – 0,17% (1)	Total de incidências: 114
---	---------------------------

HOMICÍDIO (22,13%)

Art. 121, <i>caput</i> – 12,58% (70) Art. 121, § 2º – 3,59% (20) Art. 121, § 3º – 0,17% (1) Art. 121 c/c Art. 14, II – 3,41% (19)	Total de incidências: 110
--	---------------------------

FURTO (12,47%)

Art 155, <i>caput</i> – 5,39% (30) Art. 155, § 1º – 0,89% (5) Art. 155, § 2º – 0,35% (2) Art. 155, § 4º – 4,49% (25)	Total de incidências: 62
---	--------------------------

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (10,79%)

Art. 217-A – 9,89% (55) Art. 217-A c/c Art. 14, II – 0,89% (5)	Total de incidências: 60
---	--------------------------

LESÃO CORPORAL (6,23%)

Art. 129, <i>caput</i> – 1,43% (8) Art. 129, § 1º – 2,33% (13) Art. 129, § 2º – 0,53% (3) Art. 129, § 6º – 0,71% (4) Art. 129, § 9º – 0,53% (3)	Total de incidências: 31
---	--------------------------

LEI Nº9.455/1997 – TORTURA (4,49%)

Art. 1º, I, “a” – 4,31% (24) Art. 1º, II – 0,17% (1)	Total de incidências: 25
---	--------------------------

ESTUPRO (4,13%)

Art. 213, <i>caput</i> – 2,87% (16) Art. 213, § 1º – 0,53% (3) Art. 213 c/c Art. 14 – 0,53% (3) Art. 213 c/c Art. 224, “a” – 0,17% (1)	Total de incidências: 23
---	--------------------------

ABUSO DE AUTORIDADE (2,33%)

Art. 3º, “i” – 2,33% (13)	Total de incidências: 13
---------------------------	--------------------------