

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP

FERNANDO JOSÉ DE SOUZA FILHO

**O CAPITAL SIMBÓLICO DA FUNÇÃO PÚBLICA NA
SENTENÇA PENAL NO CRIME DE PECULATO EM RECIFE.**

RECIFE - PE
2014

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP

FERNANDO JOSÉ DE SOUZA FILHO

**O CAPITAL SIMBÓLICO DA FUNÇÃO PÚBLICA NA
SENTENÇA PENAL NO CRIME DE PECULATO EM RECIFE**

**RECIFE
2014**

FERNANDO JOSÉ DE SOUZA FILHO

**O CAPITAL SIMBÓLICO DA FUNÇÃO PÚBLICA NA
SENTENÇA PENAL NO CRIME DE PECULATO EM RECIFE**

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre no programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. (Área de concentração: direito, processo e cidadania, linha de pesquisa: jurisdição e direitos humanos).

Orientadora: prof. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Melo

RECIFE
2014

Dedico esse trabalho a minha mãe Josélia, exemplo de amor ao magistério, ao meu pai Fernando, por tudo aquilo que me ensinou, a minha esposa Sandra, meu porto seguro, e aos meus filhos João Vitor e Mateus, que me fazem enxergar a vida com outros olhos.

Horrível é morrer de sede no mar. Por que, pois, pondeis, tanto sal em vossas verdades? Assim as tornais incapazes de saciar a sede!

Friedrich Nietzsche

RESUMO

Intenta-se identificar critérios que apontem a influência do capital simbólico da função pública na sentença penal em Recife, no período de 2008 a 2010. Se há uma diferença substancial entre as funções declaradas e reais do sistema punitivo, então tal diferença deve ocorrer nos julgamentos por crime de peculato. A pesquisa consiste em uma análise quantitativa e qualitativa de 22 (vinte e duas) sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Comarca de Recife, relativamente ao delito de peculato, no período de três anos. Dentre os indicativos encontrados nas sentenças penais examinadas com base na criminologia crítica têm destaque: a ínfima quantidade de sentenças exaradas no período concernentemente ao delito de peculato, na Comarca de Recife, traduzindo-se em uma baixíssima criminalização, evidenciando a ocorrência da denominada cifra oculta, além da preponderância da criminalização de réus de pequena estatura no campo burocrático, o que denota a extrema seletividade do sistema punitivo e uma diferença substancial entre as funções declaradas e as funções reais do modelo de justiça criminal. Por outro lado, também parte-se para uma compreensão das sentenças, tendo-se realizado uma análise do discurso oficial através do exame de fragmentos dos vereditos também com fundamento na criminologia crítica, nos quais se identificou uma forte influência da ideologia da defesa social. As trocas simbólicas que perpassam o campo burocrático legitimam a ideologia da defesa social, forjando a dogmática penal. É imperioso chamar a atenção tanto da comunidade científica quanto dos servidores públicos responsáveis pela persecução penal para a influência das trocas simbólicas no julgamento, vislumbrando-se o veredito judicial a partir de novas perspectivas, mais consentâneas com a efetivação dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Função Pública. Capital Simbólico. Sentença Penal.

ABSTRACT

It is attempted to identify the criteria that point the influence of symbolic capital of public function of criminal sentence in Recife, from 2008 to 2010. If there is a substantial difference between the actual and punitive system functions declared, then this difference should occur in the trials on the crime of embezzlement. The research is consisted in a quantitative and qualitative analysis of 22 (twenty-two) judgments issued in the Court of Crimes Against the Public Administration and Tributary Order in the District of Recife related to the crime of embezzlement, in a period of three years. Among the indicatives found in criminal sentences examined quantitatively based on critical criminology are highlighted: the lowest amount of sentences showed in the period related to the embezzlement crime in the District of Recife is demonstrated in a very low criminality, evidencing the occurrence of called hidden chord, besides the preponderance of meaningless accused in the bureaucratic field, denoting the extreme selectivity of the punitive system and a substantial difference between the functions declared and the actual functions of the criminal justice model. On the other hand, there is also an understanding of sentences, it has been done an analysis of official discourse through the examination of fragments of verdicts on the basis of critical criminology, which were identified a strong influence of the ideology of social defense. The symbolical exchanges that go through the bureaucratic field is legitimized the ideology of social defense, forging the criminal dogmatic. It is important not only to scientifically community but also to public servers responsible for criminal persecution the influence of symbolical exchanges in the judgment, seeing the judicial verdict from new perspectives, more related to the effectuation of human rights.

KEY-WORDS: Public Function. Symbolic Capital. Criminal Sentence.

LISTA DE TABELAS

TABELAS

Tabela 1	Processos relativos ao delito de peculato – 2008/2010	p. 22
Tabela 2	Perfil dos condenados	p. 29
Tabela 3	Cargo do funcionário público efetivo condenado	p. 32
Tabela 4	Hipóteses de perda do cargo público	p. 35
Tabela 5	Prejuízos estimados ocasionados à Administração Pública	p. 39
Tabela 6	Multa sancionada em relação ao delito de peculato	p. 42
Tabela 7	Prejuízo à Administração Pública em relação à multa sancionada	p. 49

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICOS

Gráfico 01 Sentenças condenatórias por peculato X Sentenças não condenatórias	p. 24
Gráfico 02 Sentenças condenatórias por peculato X Sentenças não condenatórias (Detalhado)	p. 28
Gráfico 03 Perfil dos condenados por peculato	p. 31
Gráfico 04 Perfil dos condenados por peculato (Detalhado)	p. 32
Gráfico 05 Perda do cargo público nas hipóteses de sentença condenatória por peculato	p. 37
Gráfico 06 Perda do cargo público relativamente ao total de Sentenças	p. 37
Gráfico 07 Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada (Processo 001.1998.036093-6)	p. 45
Gráfico 08 Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada (Processo 001.2002.029344-6)	p. 46
Gráfico 09 Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada (Processo 001.2003.056941-0)	p. 47
Gráfico 10 Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada (Processo 001.2005.128727-8)	p. 47
Gráfico 11 Prejuízo à Administração Pública X Multa Sancionada (Processo 001.2008.043982-0)	p. 48
Gráfico 12 Prejuízo à Administração Pública X Multa Sancionada (Processo 0007956-41.2008.8.17.000)	p. 48
Gráfico 13 Prejuízo Global X Multa Global	p. 50

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	IV
EPIGRAFE	V
RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
LISTA DE TABELAS	VIII
LISTA DE GRÁFICOS	IX
SUMÁRIO	X
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1 - A ANÁLISE DO CRIME DE PECULATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	07
1.1 A etimologia das expressões “dogma” e “peculato”	07
1.2 O delito de peculato	11
1.3 A figura do funcionário público (art. 327, CP)	13
1.4 A tríplice responsabilização do funcionário público	15
1.5 O peculato sob a ótica da doutrina e da jurisprudência	16
CAPÍTULO 2 – A FRAGILIDADE DOS PARADIGMAS DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL: UM NOVO OLHAR EM RELAÇÃO À SENTENÇA PENAL NO DELITO DE PECULATO	22
2.1 O crime de peculato na cidade de Recife nos anos de 2008/2010	22
2.2 O Perfil dos condenados	28

2.3	Hipóteses de perda do cargo público	35
2.4	Inexpressividade da multa sancionada em relação aos prejuízos ocasionados à Administração Pública: o falseamento da tutela de bens jurídicos	38
2.5	O capital simbólico e as trocas simbólicas	51
2.6	Análise de fragmentos das sentenças	56
CAPÍTULO 3 - PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL: EM DEFESA DE UM MODELO PUNITIVO HERÉTICO		69
3.1	A construção epistemológica da dogmática penal: a estruturação da ideologia da defesa social	69
3.2	A ruptura da criminologia: abjuração à legitimação do poder	73
3.3	O sistema penal hodierno	75
3.4	A crise e a deslegitimação do sistema penal	81
3.5	A história oficial: pano de fundo da discursividade jurídica ideologicamente orientada	91
3.5.1	A abordagem materialista – marxista: as concepções de Georg Rushe e Otto Kirchheimer	94
3.5.2	A abordagem materialista político-econômica: a insurreição dos saberes sujeitados de Michel Foucault	94
CONCLUSÃO		96
REFERÊNCIAS		107

INTRODUÇÃO

A sentença penal condenatória é, no campo jurídico, uma das maiores representações de um ideal de justiça e, ao mesmo tempo, de um ideal de punição. A sentença penal condenatória se apresenta a partir dessa dicotomia entre ser o ideal de justiça e, simultaneamente, o baluarte da punitividade.

O objeto de estudo será, essencialmente, o capital simbólico que compõe o serviço público e que desponta fortemente na sentença penal condenatória. Assim, a pesquisa irá convergir para essa importante manifestação da função pública, que conforma e orienta as ações dos servidores públicos, qual seja, o capital simbólico da função pública.

O âmbito de incidência da pesquisa será, fundamentalmente, a atuação dos funcionários públicos na Administração Pública. A função pública projeta-se no campo burocrático a partir do campo jurídico, situando-se na intersecção do campo jurídico com o campo burocrático, pois materializa-se no campo burocrático, através da oficialização propiciada pelo campo jurídico.

O estudo do capital simbólico da função pública permitirá, tanto para aqueles que laboram no campo burocrático, quanto para aqueles que não laboram, melhor compreender os pontos de contato do campo burocrático com o campo jurídico.

Permitirá, ainda, repensar o papel da função pública no campo burocrático e melhor enquadrá-la no campo jurídico.

Decifrar a função pública é decodificar os mecanismos que formam e conformam o próprio serviço público. Enxergar a função pública na visão do magistrado, é enxergá-la a partir da percepção de um dos mais importantes agentes do sistema punitivo. É mergulhar no campo burocrático a partir do campo jurídico e beber da própria fonte produtora do discurso legitimador do modelo punitivo.

É perceber o todo pela parte. É vislumbrar o todo, que é o sistema de justiça penal, a partir da parte, que é a sentença penal condenatória, dos mais importantes instrumentos de profusão da ideologia que sustenta o ideal punitivista que reina em nossa sociedade.

Assim, o estudo não se esgota, essencialmente, na função pública, pois possibilitará ir para além dela, alcançando-se as engrenagens que movimentam o próprio Estado.

O estudo, assim, propiciará descortinar o Estado, na sentença penal, sob uma nova ótica: afastando-se da visão dogmática que procura encarar a sentença do exterior para o interior, como um ato oficial, na ótica do julgador, mas, sondando-a do interior para o exterior, ou seja, a partir do próprio texto, como instrumento do campo jurídico no campo burocrático.

Permitirá, ainda, melhor compreender a sociedade em que se vive, pois o serviço público reflete todas as incongruências e idiosincrasias da sociedade contemporânea.

Deseja-se, nessa pesquisa, identificar critérios que apontem a influência do capital simbólico da função pública, na sentença penal em Recife, no período de 2008 a 2010.

O estudo do capital simbólico da função pública será realizado com base no marco teórico da criminologia crítica. Alguns conceitos como o de cifra oculta, seletividade e rotulação serão examinados quanto a sua ocorrência no tocante às sentenças pesquisadas.

Procurar-se-á comprovar a ocorrência, relativamente ao delito de peculato, da denominada cifra negra ou cifra oculta (HULSMAN, 2004), que representa, sinteticamente, a inconsistência das estatísticas oficiais acerca da criminalização.

Ainda se tentará confirmar a existência da seletividade do sistema punitivo (ZAFFARONI, 2007) no tocante ao crime de peculato, ou seja, a capacidade que o modelo de justiça criminal possui de segregar, criminalizando de forma absolutamente diferenciada pessoas que se encontram em níveis sociais diversos. A extrema seletividade do modelo punitivo contemporâneo propicia que cidadãos que se encontram num nível social mais elevado necessitem de um esforço pessoal maior para serem alcançados pelo aparato repressivo do Estado, ao passo que aqueles que se acham em um nível social mais baixo, são alcançados com reduzidíssimo esforço pessoal.

Também se buscará determinar, no que atine ao delito de peculato, sendo tal desvio social um erro publicamente rotulado (BECKER, 2008), qual o grau de criminalização a que foram submetidos funcionários públicos em diferentes posições dentro da hierarquia da Administração pública. Assim, procurar-se-á estabelecer se funcionários públicos efetivos, aqueles que são concursados, são menos suscetíveis à criminalização que os funcionários públicos não efetivos, aqueles não concursados e que, quase sempre, por esse motivo, são desvalorizados no serviço público.

Nesse sentido, partindo-se do pressuposto que determinadas condutas são publicamente rotuladas e que, certos indivíduos passam a existir perante a sociedade como se estivessem etiquetados, procurar-se-á determinar como tal dinâmica ocorre em relação ao delito de peculato, tendo como parâmetros as sentenças penais condenatórias examinadas.

Procurar-se-á também identificar nas sentenças analisadas a presença da denominada “doutrina da tolerância zero”, difundida internacionalmente a partir das ideias do *Manhattan Institute* de Nova York, nos Estados Unidos, sobretudo pelo ex-prefeito Rudolph Giuliani, segundo a qual a solução para a criminalidade estaria na forte repressão as incivildades, com o deslocamento do Estado Social para o Estado Policial. (WACQUANT, 2011)

Buscar-se-á, ainda, observar nas sentenças sob exame a ocorrência da denominada ideologia da defesa social, convergência dos ideais das escolas clássica e positiva, que está assentada em seis princípios fundamentais: princípio de legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio de culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção, princípio de igualdade e, finalmente, o princípio do interesse social e do delito natural. (BARATTA, 2002)

Procurar-se-á, também, observar, nas sentenças examinadas, se o magistrado adotou as tradicionais concepções da teoria da pena, a teoria retributiva e a preventiva, deixando, assim, de lado, uma interpretação do Código Penal à luz da Constituição de 1988, que teria assumido a denominada Teoria Agnóstica da Pena, com uma política dirigida à redução de danos, desvinculando-se de um viés eminentemente punitivista.

Se há uma diferença substancial entre as funções declaradas e reais do sistema punitivo (ANDRADE, 2006), então tal diferença deve ocorrer nos julgamentos por crime de peculato.

Inicialmente, foi realizada uma pesquisa na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Comarca de Recife, com o objetivo de quantificar o número de sentenças prolatadas relativamente ao delito de peculato, na Comarca do Recife, no período de 2008 a 2010.

Foram identificadas e catalogadas, cronologicamente, 22 (vinte e duas) sentenças.

O estudo consistiu na análise quantitativa e qualitativa dessas 22 (vinte e duas) sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Comarca de Recife, relativamente ao delito de peculato, no período de três anos, de 2008 a 2010.

Foram ainda analisados, à luz da criminologia crítica, fragmentos das 22 (vinte e duas) sentenças. O recorte dos fragmentos teve como base, sobretudo, a presença da ideologia da defesa social.

O primeiro capítulo analisará o delito de peculato no Direito Penal brasileiro. Inicialmente, abordar-se-á a etimologia das expressões “dogma” e “peculato”, reconstruindo as suas trajetórias temporais, permitindo-se delimitar, com precisão, as suas incidências e aplicações na contemporaneidade, abstraindo-se a habitual opacidade dos vocábulos. O uso de palavras apenas na sua acepção contemporânea mais usual recalca aspectos muitas vezes relevantes. Será analisado o delito de peculato, sua previsão legal, modalidades e principais características. Subsequentemente, será analisada a figura do funcionário público no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne as suas características fundamentais e, em seguida, a questão da possibilidade de tríplice responsabilização do funcionário público, o qual pode ser responsabilizado cível, penal e administrativamente, diferentemente de um particular. Por fim, no primeiro capítulo, será abordado o peculato sob a ótica da doutrina, com ênfase nas ideias desenvolvidas por autores brasileiros e na jurisprudência, enfatizando-se o abismo hermenêutico existente entre o Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual tem se colocado como um empreendedor moral, e o Supremo Tribunal Federal - STF, que

divergem quanto à aplicabilidade ou não do princípio da insignificância relativamente aos delitos contra a Administração Pública.

O segundo capítulo trará um novo olhar em relação à sentença penal no delito de peculato, através da análise de 22 (vinte e duas) sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Comarca de Recife, relativamente ao delito de peculato, no período de três anos, de 2008 a 2010, as quais serão tratadas, sob diversos aspectos, no tocante: à quantidade de sentenças condenatórias e não condenatórias; ao perfil dos condenados por peculato; à perda do cargo público; à inexpressividade da multa sancionada em relação aos prejuízos ocasionados à Administração Pública. Serão estudados, ainda, ao longo do capítulo, o capital simbólico e as trocas simbólicas.

Importante questão a ser avaliada no segundo capítulo, será a quantidade de sentenças condenatórias prolatadas relativamente aos recursos humanos postos à disposição pelo Estado, em Recife, de modo que se possa verificar a proporção de condenações por peculato em relação ao número de funcionários públicos.

Ainda será estudada a problemática do chamado direito penal simbólico. Para os autores que apoiam o direito penal simbólico, o castigo deveria ser entendido como uma mensagem associada à ideia de que a conduta desviante é má. (ANITUA, 2008)

Procurar-se-á comparar o direito penal simbólico com a ideologia da defesa social, para se estabelecer até que ponto aquela doutrina acarreta a legitimação do modelo punitivo contemporâneo.

Ao final, realizar-se-á um estudo de fragmentos das 22 (vinte e duas) sentenças com fundamento na criminologia crítica.

No terceiro capítulo, será realizada uma análise através da criminologia crítica do modelo punitivo contemporâneo. Será explicitada a relevância do marco teórico da criminologia crítica para o estudo da sentença penal no crime de peculato em Recife. No início do capítulo, será apresentada a construção epistemológica da dogmática penal, com vistas a apontar a formação da linguagem dogmática amplamente assentada na doutrina e na jurisprudência. Em seguida, tratar-se-á da criação mesma do pensamento dogmático, desde sua gênese no período medieval, até culminar com a ideologia da defesa social. Em seguida, procurar-se-á estudar a

abjuração da criminologia no tocante à legitimação do poder, tendo em vista que a criminologia, por muito tempo, foi um dos maiores instrumentos de formação de consenso, dando sustentabilidade a todo o aparato punitivo. Em outro ponto, será abordado o sistema punitivo contemporâneo propriamente dito, apresentando-se a sua construção relativamente recente, desde os rituais herdados do século XIX, até a obsessiva busca pela gestão típica das empresas privadas, que perpassa o padrão atual. Em seguida, será analisada a grande crise pela qual passa o sistema de justiça criminal hodierno, com todas as suas imensas contradições, que fazem com que, mais e mais, deslegitime-se, apesar do grande esforço maximizador que tem sido observado na prática. Por fim, no terceiro capítulo, será examinada a história oficial, como sustentáculo para o discurso punitivo, com fulcro na abordagem materialista – marxista e na abordagem materialista político-econômica.

A relevância da pesquisa consiste, fundamentalmente, em se estabelecer a diferença entre as funções declaradas e reais no tocante aos julgamentos por crime de peculato e a sua íntima relação com o capital simbólico da função pública.

Deseja-se, também, verificar a influência da ideologia da defesa social e da denominada “doutrina da tolerância zero” nas sentenças nos julgamentos por crime de peculato.

Ambiciona-se, ainda, com a pesquisa, chamar a atenção tanto da comunidade científica quanto das pessoas responsáveis, efetivamente, pela persecução penal para a influência do capital simbólico da função pública no momento mesmo em que o julgador aplica a legislação, trazendo um novo olhar em relação à sentença penal, de um modo mais consentâneo com os direitos humanos.

CAPÍTULO 1 - A ANÁLISE DO CRIME DE PECULATO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Cumpra destacar, que o conceito de ideologia utilizado nessa pesquisa, é um dos seis conceitos apresentados por Terry Eagleton, segundo o qual “a ênfase recai sobre as crenças falsas ou ilusórias, considerando-as, porém oriundas não dos interesses de uma classe dominante, mas da estrutura material do conjunto da sociedade como um todo.” (1997, p. 40)

1.1 A etimologia das expressões “dogma” e “peculato”

O conhecimento da essência mais profunda das palavras permite trilhar caminhos que antes eram inacessíveis, quando se dispunha apenas de noções pouco intensas, ou seja; é necessário sair da trivialidade do uso cotidiano, para compreender melhor aquilo que as expressões querem efetivamente dizer.

As palavras detêm uma densidade histórica que vai muito além da superficialidade da sua cognição contemporânea. O resgate da trajetória temporal de uma expressão proporciona a compreensão dos exatos limites de sua incidência e aplicação na atualidade. O estudo da etimologia é imprescindível nesse desiderato.

A palavra “dogma” é formada pela junção da raiz regra $\sqrt{d}ok$ com o sufixo derivacional de origem grega *ma*. A raiz grega $\sqrt{d}ok$ possui a seguinte etimologia: “ $\sqrt{d}ok$ - “parecer, pensar” (dokeîn), do ide. *dek’, “receber (honra)” (lat. dignus< *dek’. no. s)”, ou seja, “dogma < *dog.ma*, “o que parece (bom), preceito””. (VIARO, 2004, p. 239)

O sufixo derivacional de origem grega *ma* é um formador de substantivos, como por exemplo, no português, na palavra: poe.ma. (VIARO, 2004, p. 235)

Impende destacar, ainda, que os pontos servem para limitar ou separar a raiz do afixo na expressão.

Percebe-se, nitidamente, a partir da análise etimológica do termo dogma, que a ideia central que perpassa a palavra é a de algo que parece bom. Designa, nesse sentido, um estado de incerteza, estruturado no pensamento do sujeito cognoscente, que pode não ser condizente com o objeto apreendido pelos sentidos, ou seja, está-se diante da falibilidade da percepção ou da hipótese desta.

Aparência reflete a ideia de abstração do pensamento em relação ao objeto, ou seja, de conhecimento básico, limitado, pouco profundo, do sujeito cognoscível no que atine ao objeto apreendido. Conduz, ainda, a uma imagem externa e distante do objeto, impossibilitando uma compreensão íntima, interior da coisa analisada.

Mas a expressão dogma não se esgota apenas no sentido daquilo que “aparenta ser bom”, vez que a raiz do referido termo também indica “receber (honra)”. Nessa acepção, dogma designa, tendo em vista a palavra portuguesa honra, segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**hon.ra** s.f. **1** sentimento de dignidade moral **2** homenagem **3** castidade, pureza”, ou seja, a expressão dogma traz consigo, intrinsecamente, a ideia de nobreza moral. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 234)

A raiz da palavra dogma ainda está relacionada à expressão latina “dignus”, que significa, levando-se em consideração a palavra portuguesa digno, segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**dig.no** adj. **1** merecedor **2** adequado **3** honrado”. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 142)

Portanto, percebe-se a força cogente que carrega o termo dogma, ou seja, a sua imperatividade pode ser precisamente mensurada através de uma simples análise etimológica.

A imperatividade do termo dogma, que perpassa a visão dogmática concernentemente ao delito de peculato, está visceralmente relacionada a sua superficialidade cognitiva, não comportando uma perquirição dos seus argumentos legitimadores. Dogmas, portanto, não são criados para serem compreendidos, mas aceitos acriticamente.

Cumprir destacar, ainda, as definições das expressões “dogma” e “dogmático” apresentadas pelo dicionário da língua portuguesa Houaiss: “dog.ma s.m. preceito apresentado como certo e indiscutível” e “dog.má.ti.co adj. **1** que se

apresenta como indiscutível e certo □ *s.m. 2* pessoa autoritária” (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 147)

É bastante interessante observar que a expressão “dogmático” possui dois sentidos expostos pelo dicionário da língua portuguesa Houaiss: o primeiro, ligado à ideia de certeza, porém há um segundo que denota alguém autoritário.

É lícito, dessa forma, comparar “a visão dogmática” com a visão de uma pessoa autoritária, ou seja, de alguém inflexível e não aberto a críticas.

Muitos dos dogmas jurídicos, fortemente presentes na contemporaneidade, podem ser entendidos como produto do positivismo jurídico, corrente que teve sua ascensão no período iluminista:

O positivismo, no afã de liminar os mitos, dando curso ao projeto iluminista de iluminar as trevas, pretendendo que tudo fossem luzes, criou o maior dos mitos, o mito da ciência, do saber absoluto, como se fôssemos capazes de produzir algo eterno, imutável, perfeito, enfim, divino. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 28)

Assim, para compreender o autoritarismo da dogmática jurídica, é indispensável ter em mente que a sua gênese moderna remonta ao período iluminista. Os dogmas ainda presentes e fortes foram forjados nos tempos áureos do surgimento do Estado Liberal.

Ainda é de se registrar que a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito, mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar difusa e eficazmente não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução desta prática ao determinar decisivamente o caldo de cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 34)

É o positivismo, fortemente enraizado desde cedo na vida acadêmica e, sobretudo, na formação dos estudantes no campo jurídico, instrumento de reprodução da realidade social e elemento basilar do sistema punitivo.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr. há dois enfoques possíveis à investigação de um problema: enfatizando-se a perspectiva pergunta, ou enfatizando-se a perspectiva resposta. (2013, p. 18)

Quando há proeminência do aspecto pergunta, as premissas e os princípios apresentam-se sujeitos a questionamentos, diferentemente daquilo que

ocorre quando o aspecto resposta é maximizado, havendo, nessa hipótese, a cristalização de premissas e princípios que se tornam absolutos, passando, inclusive a conformar todas as respostas. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 18)

Tercio Sampaio Ferraz Jr. assevera que “*Zetética* vem de *Zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar doutrinar. ” (2013, p. 18)

Relevante destacar que a dogmática enfatiza aquilo que deve ser, enquanto a zetética enfoca a essência do ser. A zetética tem uma função especulativa, já a dogmática diretiva. Assim, o enfoque da zetética é distinto do enfoque da dogmática, a perspectiva zetética pretende perquirir a coisa, já a abordagem dogmática tende a orientar. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 18)

Cumprir destacar, ainda, que a dogmática exerceu, historicamente, um duplice papel: engessar a atuação do juiz e, ao mesmo tempo, serviu como mecanismo de arrefecimento das classes dominadas:

A *dogmática* exerceu, portanto, um duplo papel: a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do direito instituída no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida. (SILVA, 2004, p. 25)

Logo, o ideal racionalista de aproximar o Direito das ciências da natureza, como a matemática, negou seu caráter cultural, aprisionando-o. O Direito “é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas”. (SILVA, 2004, p. 56)

Por outro lado, cumpre analisar ainda a origem do delito de peculato.

O delito de peculato teve sua gênese no Direito Romano, quando tinha feição distinta da presente na atualidade no Código Penal brasileiro. Tal delito denominava-se de *peculatus* ou *depeculatus* e consistia na “subtração de coisas pertencentes ao Estado”. (BITENCOURT, 2008, p. 04)

Antes do advento da moeda, “os animais (bois e carneiros) destinados ao sacrifício em homenagem às divindades consistiam na riqueza pública por excelência”. (BITENCOURT, 2008, p. 04)

O gado, à época, significava a mais cara riqueza do Estado:

Na verdade, o gado representava o patrimônio mais importante da sociedade da época, que o utilizava como moeda primitiva. As moedas, na sua origem, eram confeccionadas com peles de animais e só posteriormente passaram a ser cunhadas em metal, com a imagem de um boi. (BITENCOURT, 2008, p. 04)

Nesse sentido, tem-se que a palavra peculato foi formada a partir da raiz de origem latina \sqrt{pecu} , de modo que a sua etimologia é a seguinte: “ \sqrt{pecu} -“gado” (*pecus*)”, de modo que “pecúnia < pecu.n.ĩa (...)”. (VIARO, 2004, p.178)

Portanto, percebe-se a relevância da etimologia na compreensão da essência mesma das palavras.

Em seguida, é apresentado, especificamente, o delito de peculato, sua previsão legal, principais características e modalidades.

1.2 O delito de peculato

O crime de peculato está previsto no Código Penal brasileiro, encontrando-se inserido no título XI, que trata dos crimes contra a Administração Pública, especificamente no primeiro capítulo, o qual versa sobre os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral.

O primeiro capítulo, do título XI, do Código Penal pátrio, engloba aquelas infrações penais em que o funcionário público volta-se contra a própria Administração Pública.

Estão previstas tanto a modalidade dolosa, quanto a culposa, no artigo 312, do Código Penal:

Peculato

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2.º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 3.º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

(BRASIL, 2010, p. 575)

Caracteriza-se, ainda, por ser um delito próprio, exigindo-se uma qualidade específica daquele que pratica a infração penal, o denominado sujeito ativo, qual seja, ser funcionário público ou expressamente equiparado aquele. (BITENCOURT, 2008, p. 07)

Assim, não é qualquer pessoa que pode ser enquadrada no tipo penal de peculato. Para que alguém seja responsabilizado penalmente por peculato, faz-se necessário que seja funcionário público ou, pelo menos, equiparado a funcionário público.

O conceito de funcionário público está delineado no Código Penal no *caput* do artigo 327, já o conceito de funcionário público por equiparação, apresenta-se no parágrafo primeiro, do artigo 327, do mesmo diploma legal.

Por outro lado, um particular também pode ser alcançado pelo crime de peculato, desde que o tenha praticado em coautoria ou participação com um funcionário público, nos termos do artigo 30, do Código Penal. É que a condição de funcionário público amplia-se ao particular.

Várias são as condutas tipificadas pelo artigo 312, do Código Penal. Estão previstas quatro figuras típicas: duas no *caput*, quais sejam, peculato-apropriação e peculato desvio; uma no parágrafo primeiro, qual seja, peculato-furto e, a última, no parágrafo segundo, o peculato culposo. (BITENCOURT, 2008, p. 11)

Nesse sentido, apropriar-se encerra o sentido de “assenhorear-se da coisa móvel, passando a dela dispor como se fosse sua, usufruindo-a como se fosse seu senhor (*uti dominus*), em proveito próprio ou alheio.” (PAGLIARO; COSTA JR, 2009, p. 39)

Por outro lado, desviar guarda o sentido de “dar à coisa destinação diversa daquela em razão da qual foi ela entregue ou confiada ao agente.” (PAGLIARO; COSTA JR, 2009, p. 39)

Já no peculato-furto, o funcionário público não detém a posse do objeto material vindo a subtrai-lo, ou concorrendo para que outro o subtraia, em proveito

próprio ou alheio, aproveitando-se das facilidades lhe propiciadas pela qualidade de funcionário público. (BITENCOURT, 2008, p. 14)

Assim, percebe-se que a posse do objeto material é condição essencial para a caracterização do peculato nas modalidades peculato-apropriação e peculato-desvio, não sendo necessária a sua ocorrência no peculato-furto.

O peculato culposo, previsto no parágrafo segundo, do artigo 312, do Código Penal, tipifica a conduta do agente que concorre culposamente para o crime praticado por outra pessoa.

Para Antônio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior o delito praticado por outrem “deverá ser aquele (peculato próprio) incriminado pela cabeça do art. 312, ou, então, outro, (peculato-furto) incriminado pelo §1º do mesmo artigo. ” (2009, p. 56)

Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt sustenta que o funcionário público negligente, “com sua desatenção ou descuido, propicia ou oportuniza, *involuntariamente*, a que outrem pratique um crime doloso, que pode ser de outra natureza.” (2008, p. 15)

Assim, diverge a doutrina quanto ao sentido da expressão “crime de outrem”, inserta no parágrafo segundo, do artigo 312, do Código Penal, que numa interpretação mais ampla, poderia abranger crimes de outra natureza, e, numa interpretação mais estrita, apenas poderia alcançar o próprio crime de peculato.

No próximo tópico, é analisada, detidamente, a figura do funcionário público.

1.3 A figura do funcionário público (art. 327, CP)

Inicia-se, esse ponto, com o estudo da figura jurídica do funcionário público, visto ser de fundamental relevância para a compreensão do delito de peculato, pois se trata de um crime contra a Administração Pública.

O conceito de funcionário público está previsto no Código Penal brasileiro no artigo 327, *caput*, e o de funcionário público por equiparação, no parágrafo primeiro do mesmo artigo:

Funcionário Público

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública.

§ 2.º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (BRASIL, 2010, p. 576)

O conceito de funcionário público estampado no artigo 327, do Código Penal, é extremamente amplo, englobando os ocupantes de cargo, emprego ou função pública, mesmo que ocupados transitoriamente ou não remunerados.

Assim, o Código Penal “adotou a noção extensiva e deu maior elasticidade ao conceito de funcionário público. Isto é, não exige, para caracterização deste, o exercício profissional ou permanente da função pública.” (BITENCOURT, 2008, p. 153)

Assim, o que caracteriza o funcionário público, nos exatos termos do Código Penal, é o exercício da função pública. “Pouco importa que o exercício da função pública seja permanente ou eventual, voluntário ou obrigatório, gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo.” (PAGLIARO; COSTA JR, 2009, p. 17)

Assim, funcionários terceirizados e até mesmo estagiários, desde que estejam exercendo a função pública, serão considerados funcionários públicos, nos termos do Código Penal.

O parágrafo primeiro equipara ao funcionário público, para fins penais, aquele que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e ainda aquele que trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

No que tange à tal equiparação, há duas interpretações: uma restritiva e outra ampliativa. De acordo com a interpretação restritiva, “a equiparação só se estende às autarquias, não se aplicando às sociedades de economia mista ou àquelas em que o Estado é acionista majoritário.” Para a interpretação ampliativa, o §2º, inserido no Código Penal pela Lei 6.799/1980, teria alargado a abrangência do §1º, de modo que seriam equiparados a funcionários públicos “servidores de

sociedade de economia mista, onde o Estado é acionista majoritário, ou mesmo em fundações instituídas pelo poder público.” (PAGLIARO; COSTA JR, 2009, p. 19)

Para Luiz Roberto Cicogna Faggioni, a grande problemática em relação à amplitude da expressão funcionário público reside na interpretação dos parágrafos do art. 327, do Código Penal, onde há termos como “entidade paraestatal” e polêmica quanto à aplicação do parágrafo segundo apenas em relação ao sujeito ativo ou também no que atine ao sujeito passivo. No tocante ao *caput* do artigo 327, não há maiores problemas interpretativos, do vigente Código Penal, tendo em vista que “onde há cargo, emprego e função pública, tem-se administração pública.” (2010, p. 386)

Já o parágrafo segundo, do artigo 327, do Código Penal, apresenta uma causa de aumento de pena para os ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

No próximo tópico, analisa-se a tríplice responsabilização do funcionário público.

1.4 A tríplice responsabilização do funcionário público

Diferentemente de um particular, que apenas pode ser responsabilizado cível e penalmente, um servidor público pode ser responsabilizado, ainda, administrativamente, ou seja, não somente nas esferas cível e penal, mas ainda na esfera administrativa.

Nesse sentido, há a possibilidade de uma tripla responsabilização em relação a um servidor público.

Em algumas hipóteses, a esfera penal pode, inclusive, repercutir diretamente na seara administrativa, como, por exemplo, quando a sentença penal condena o réu à perda do cargo público. A perda do cargo público pode ser determinada tanto na sentença condenatória penal, quanto em um processo administrativo disciplinar.

Não há só ilícitos penais, mas há também ilícitos administrativos em relação ao servidor público. Assevera Magalhães Noronha que “há faltas puramente administrativas que não possuem o vulto necessário para constituir delitos e que constituem, antes, objeto do Direito Penal disciplinar (...)”. (2010, p. 257)

Ainda segundo Magalhães Noronha “a diferença é *quantitativa*. Cabe ao legislador a valorização do bem atingido, determinando qual a espécie de sanção: se penal ou administrativa.” (2010, p. 257)

Portanto, cumpre ao legislador definir se uma conduta específica deve ser tipificada penalmente ou não.

No item subsequente, enfoca-se o peculato sob o prisma da doutrina e da jurisprudência.

1.5 O peculato sob a ótica da doutrina e da jurisprudência

O Código Criminal do Império, contando com uma redação muito diferente da que está presente do código penal vigente, inseria o delito de peculato no artigo 170, do capítulo I, do título VI, tendo a seguinte redação:

Art. 170. Apropriar-se o empregado público, consumir, extraviar ou consentir que outrem se aproprie, consuma ou extravie, em todo ou em parte, dinheiros ou efeitos que tiver a seu cargo. (TINÔCO, 2003, p. 282) (SIC)

Já o Código Penal da República tem o delito de peculato inserido no título V, dos crimes contra a boa ordem e Administração Pública, na seção V, especificamente no artigo 221, que possui a seguinte redação:

Art. 221. Subtrahir, consumir ou extraviar dinheiro, documentos, efeitos, generos ou quasquer bens pertencentes á fazenda publica, confiados á sua guarda ou administração, ou á de outrem sobre quem exercer fiscalização em razão do officio. Consentir, por qualquer modo, que outrem se aproprie indevidamente desses mesmos bens, os extravie ou consuma em uso próprio ou alheio: (...). (SOARES, 2004, p. 423)(SIC)

Por outro lado, o decreto n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, estabeleceu uma nova redação para o delito de peculato, além de cominar novas penas:

Art. 1º O funcionário público que subtrair, distrahir ou consentir que outrem subtraia ou distraia dinheiros, documentos, títulos de crédito, efeitos, gêneros e quaisquer outros bens móveis públicos ou particulares, dos quais tenha a guarda, o depósito, a arrecadação ou administração em razão de seu cargo, seja este remunerado ou gratuito, permanente ou temporário, será punido: (...). (SOARES, 2004, p. 848) (SIC)

Percebe-se que houve mudanças significativas em relação à redação do delito de peculato ao longo da história. No que concerne ao objeto material do delito de peculato, o tipo penal do Código Penal da República tem um rol mais extenso: “dinheiro, documentos, efeitos, gêneros ou quaisquer bens pertencentes à fazenda pública” (SIC), que o tipo penal do Código Criminal do Império, que só mencionava “dinheiros e ou efeitos”. O Código Penal da República também utiliza a cláusula genérica “quaisquer bens pertencentes à fazenda pública” (SIC). Uma melhor descrição e precisão do objeto material do delito propicia maior segurança jurídica, evitando-se arbitrariedades.

Realizada essa breve retrospectiva histórica, cumpre examinar a objetividade jurídica do delito de peculato, ou seja, procurar, em tese, qual o bem juridicamente protegido pelo delito de peculato.

Para Magalhães Noronha, o bem jurídico objeto de tutela penal nos crimes contra a Administração Pública é: “o desenvolvimento regular da atividade do Estado, dentro de regras de dignidade, probidade e eficiência.” (2010, p. 257)

O autor acima citado afirma também que o vigente Código Penal de 1940 trata, preambularmente, dos crimes perpetrados por funcionários públicos (*intranei*) e, depois, pelos particulares (*extranei*), seguindo uma sequência lógica, “*pois começa dentro de casa*, isto é, tratando-se dos interesses da administração pública, chama, primeiro, à responsabilidade seus agentes, para, depois, continuar com os de fora, isto é, os estranhos, os particulares.” (NORONHA, 2010, p. 258)

Primeiro crime previsto no extenso rol de crimes contra a Administração Pública, particularmente na primeira parte, que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, a topologia do

tipo penal do crime de peculato no Código Penal brasileiro, indica, certamente, a sua proeminência.

Cezar Roberto Bitencourt destaca que “a objetividade jurídica dos crimes contra a Administração Pública é a sua *normalidade funcional*, probidade, moralidade, eficácia e incolumidade”. (2008, p. 2)

Nesse sentido, a objetividade jurídica dos crimes contra a Administração Pública relaciona-se, sobretudo, ao regular funcionamento do serviço público e à moralidade.

Os crimes contra a Administração Pública foram separados no Código Penal brasileiro original de 1940 ao longo de três capítulos: dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, crimes praticados por particular contra a Administração Pública e crimes contra a Administração da Justiça. Os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, dos quais faz parte o delito de peculato, “seriam *delicta in officio*, ou seja, *delicta propria*, daqueles que integram a administração estatal”. (BITENCOURT, 2008, p. 3)

Observa-se que, na prática, a tutela penal presta-se muito mais à proteção da própria Administração Pública e nem tanto da propriedade dos cidadãos.

Especificamente no tocante ao delito de peculato, Cezar Roberto Bitencourt assevera que o “*bem jurídico* penalmente protegido, segundo a doutrina tradicional, é a Administração Pública, particularmente em relação a seu próprio interesse patrimonial e moral”. (2008, p. 5)

Ao tratarem do crime de peculato, Antônio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr. afirmam que a objetividade jurídica desse delito está associada não somente ao bom andamento e a imparcialidade da administração pública, como também ao interesse patrimonial da destinação da coisa:

Em suma, o peculato consiste no abuso do cargo, que é particularmente grave porque dificulta tanto o bom andamento quanto a imparcialidade da administração pública e, além do mais, ofende um interesse ulterior, qual seja, o interesse patrimonial da destinação da coisa. (2009, p. 34)

Portanto, nesses termos, os bens juridicamente tutelados seriam o bom andamento, a imparcialidade da administração pública e o interesse patrimonial da destinação da coisa.

Num sentido muito próximo ao da doutrina tradicional, o Superior Tribunal de Justiça erige a “moral administrativa” como bem juridicamente tutelado de maior proeminência no que tange ao delito peculato, alocando a proteção ao patrimônio da Administração Pública num patamar hierarquicamente inferior.

Evidencia-se tal posicionamento, quando se analisam julgados do STJ que tratam do princípio da insignificância, o qual é rechaçado veementemente pela corte, no tocante ao delito de peculato, independentemente do valor do bem objeto material da controvérsia jurídica.

Cumprido apresentar, nesse sentido, a ementa do HC 115562/SC, que põe em relevo o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, concernentemente à objetividade jurídica no delito de peculato:

HABEAS CORPUS. PECULATO. BENS AVALIADOS EM R\$ 50.00. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. **BEM JURÍDICO TUTELADO: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. **1. A 3a. Seção desta Corte possui jurisprudência pacífica sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, pois não se busca resguardar apenas o aspecto patrimonial, mas principalmente a moral administrativa.** 2. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (BRASIL, STJ. HC 115562/SC, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 20/05/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/06/2010, grifo nosso)

Mas, o que é moral administrativa? Para Cezar Roberto Bitencourt a atuação eficiente da Administração Pública, está ligada à “credibilidade, honestidade e probidade de seus agentes, pois a atuação do corpo funcional reflete-se na coletividade, influenciando decididamente na formação ético-moral e política dos cidadãos (...).” (2008, p. 5)

Assim, o conceito de moral administrativa estaria relacionado à ideia de probidade e honestidade que deveria nortear as ações dos funcionários públicos, o que, em tese, asseguraria eficiência à atuação destes no campo burocrático.

Tanto a tipificação abstrata do delito de peculato, quanto a sua ocorrência no caso concreto, pressupõem “a realização de uma conduta *imoral*,

ainda que nem toda *imoralidade* possa, por si só, caracterizar um delito.” (BITENCOURT, 2008, p. 5)

Nesse sentido tanto a norma em abstrato possuiria um indicativo de imoralidade, quanto a conduta concreta daquele que descumprisse a norma.

Em sentido diametralmente contrário ao do Superior Tribunal de Justiça - STJ, firmou a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal o entendimento e concedeu *Habeas Corpus* para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e absolver o paciente, em virtude da atipicidade da conduta, conforme se depreende da análise do informativo 624, que trata do HC 107.370, no qual se discutiu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, num caso concreto, em que houve a subtração, em tese, de duas luminárias e fios de cobre, que estavam em desuso, pertencentes à Administração Pública:

Princípio da insignificância e Administração Pública

A 2ª Turma, por maioria, concedeu habeas corpus para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e absolver o paciente ante a atipicidade da conduta. Na situação dos autos, ele fora denunciado pela suposta prática do crime de peculato, em virtude da subtração de 2 luminárias de alumínio e fios de cobre. Aduzia a impetração, ao alegar a atipicidade da conduta, que as luminárias: a) estariam em desuso, em situação precária, tendo como destino o lixo; b) seriam de valor irrisório; e c) teriam sido devolvidas. Considerou-se plausível a tese sustentada pela defesa. Ressaltou-se que, em casos análogos, o STF teria verificado, por inúmeras vezes, a possibilidade de aplicação do referido postulado. Enfatizou-se que, esta Corte, já tivera oportunidade de reconhecer a admissibilidade de sua incidência no âmbito de crimes contra a Administração Pública. Observou-se que os bens seriam inservíveis e não haveria risco de interrupção de serviço. Vencida a Min. Ellen Gracie, que indeferia ordem. Salientava que o furto de fios de cobre seria um delito endêmico no Brasil, a causar enormes prejuízos, bem assim que o metal seria reaproveitável. HC 107370/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 26.4.2011. (HC-107370)
(BRASIL, STF, Informativo nº 624)

Percebe-se que há grande dissonância entre o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante à aplicabilidade do princípio da insignificância em relação aos crimes contra a Administração Pública.

No julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, desconsiderou-se integralmente “o resguardo a moral administrativa” sustentado

pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo em delitos em que o valor do bem é ínfimo.

Numa interpretação a *contrário sensu*, tem-se que a moral administrativa, no que atine ao delito de peculato, não tem a mesma relevância para o Supremo Tribunal Federal como possui para o Superior Tribunal de Justiça.

Ao posicionar-se contra a admissibilidade do princípio a insignificância para os crimes contra a Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça – STJ coloca-se como um empreendedor moral.

Para Howard Saul Becker as regras são produto da iniciativa de empreendedores morais. (2008, p. 153)

O conceito de desvio está umbilicalmente associado ao de empreendimento moral, no sentido de que não há desvio sem empreendimento. Desvio, entendido como erro publicamente rotulado, “é produto de empreendimento no sentido mais amplo; sem o empreendimento necessário para que as regras sejam feitas, o desvio que consiste na infração da regra não poderia existir. ” (BECKER, 2008, p. 167)

Assim, ao posicionar-se contra a admissibilidade do princípio da insignificância para os crimes contra a Administração Pública, colocando-se como um empreendedor moral, o Superior Tribunal de Justiça – STJ mobiliza-se para a criminalização do desvio, de modo que, no futuro, o entendimento prevalente na jurisprudência poderá ser o de que mesmo condutas insignificantes devem ser criminalizadas nos crimes contra a Administração Pública ou até mesmo haver a criminalização pelo legislador.

O Superior Tribunal de Justiça se movimenta no sentido do recrudescimento do sistema punitivo, ao passo que o Supremo Tribunal Federal se coloca no caminho da sua flexibilização e compatibilização com o texto constitucional, protetor dos direitos e garantias individuais.

Segue-se, no capítulo seguinte, uma análise das sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Capital de Pernambuco, em Recife, no período de 2008 a 2010, relativamente ao delito de peculato, trazendo um novo olhar em relação à sentença penal no que tange a esse delito.

CAPÍTULO 2 - A FRAGILIDADE DOS PARADIGMAS DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL: UM NOVO OLHAR EM RELAÇÃO À SENTENÇA PENAL NO DELITO DE PECULATO

A pesquisa abrange o total de sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Capital de Pernambuco, em Recife, no período de 2008 a 2010, relativamente ao delito de peculato. Desse modo, o estudo restringe-se aos crimes de peculato processados e julgados pela Justiça Estadual de Pernambuco, na capital Recife, entre 2008 e 2010, não sendo contemplados os delitos de peculato de competência da Justiça Federal.

O processo de escolha das 22 (vinte e duas) sentenças foi cronológico, ou seja, tomou-se por base o total de sentenças que se sucederam no tempo prolatadas nos anos de 2008, 2009 e 2010.

2.1 O crime de peculato na cidade de Recife nos anos de 2008/2010

A tabela abaixo representa uma exposição das 22 (vinte e duas) sentenças, organizadas quanto ao número do processo, data da sentença e resultado do veredito.

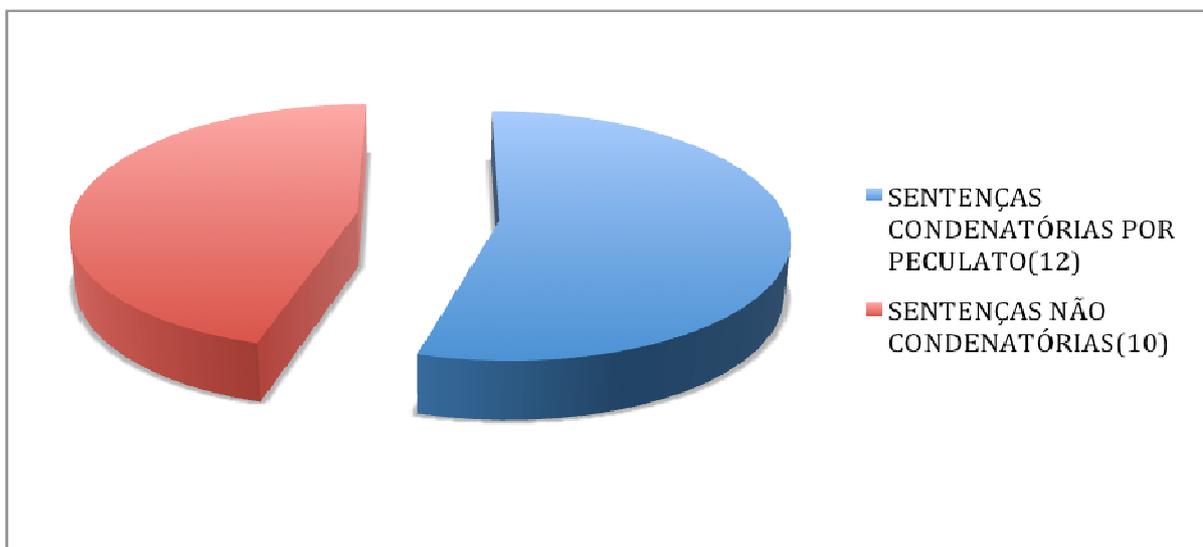
Tabela 1 - Processos relativos ao delito de peculato – 2008/2010

N	PROCESSO	DATA DA SENTENÇA	SENTENÇA
01	001.2008.011403-3	07/05/2008	Arquivamento do I.P.
02	001.1998.036093-6	20/06/2008	Condenatória
03	001.2008.035217-1	10/09/2008	Arquivamento do I.P.
04	001.2002.029344-6	29/09/2008	Condenatória
05	001.1999.612375-0	06/11/2008	Extinção da Punibilidade
06	001.2003.056941-0	17/12/2008	Condenatória
07	001.2008.052957-8	22/12/2008	Arquivamento do I.P.

08	001.2004.043259-0	31/03/2009	Condenatória
09	001.1996.017617-0	13/08/2009	Extinção da Punibilidade
10	001.2005.133118-8	03/11/2009	Condenatória
11	001.2005.128727-8	27/11/2009	Condenatória
12	001.2006.022261-2	18/12/2009	Condenatória
13	001.2008.043982-0	29/03/2010	Condenatória
14	001.2006.044889-0	28/04/010	Condenatória, mas não por peculato
15	0020867-17.2010.8.17.0001	05/05/2010	Extinção da Punibilidade
16	019323-33.2006.8.17.0001	22/06/2010	Extinção da Punibilidade
17	001.2005.007067-4	10/05/2010	Condenatória, mas não por peculato
18	0007956-41.2008.8.17.0001	11/05/2010	Condenatória
19	0052116-30.2003.8.17.0001	12/08/2010	Condenatória, mas não por peculato
20	0024315-47.2000.8.17.0001	20/09/2010	Condenatória
21	121098-86.2009.8.17.0001	25/10/2010	Condenatória
22	0004911-29.2008.8.17.0001	10/12/2010	Condenatória

Análise quantitativa:

- 1) Das 22 (vinte e duas) sentenças analisadas, em apenas 12 (doze) houve condenação por peculato.
- 2) Em 03 (três) casos houve o arquivamento dos autos do inquérito policial.
- 3) Em 04 (quatro) casos houve a extinção da punibilidade.
- 4) Em 03 (três) situações a denúncia foi improcedente com relação ao delito de peculato.

Gráfico 01 - Sentenças condenatórias por peculato X Sentenças não condenatórias

O gráfico 01 trata, justamente, das sentenças condenatórias e não condenatórias, observando-se que houve uma grande quantidade de sentenças absolutórias.

Os dados evidenciam que da já inexpressiva quantidade de sentenças prolatadas relativamente ao delito de peculato em Recife, entre os anos de 2008 e 2010, 22 (vinte e duas), em apenas 12 (doze) houve condenação por peculato.

Significa dizer que a punição pelo delito de peculato é insignificante, ou seja, totalmente desprezível, não trazendo nenhuma consequência real para o sistema penal, mas apenas simbólica. Considerando-se o universo gigantesco de servidores públicos existentes na cidade do Recife, é surpreendente que haja apenas uma média de 4 (quatro) sentenças condenatórias, por ano, em três anos.

Importante relacionar-se a quantidade de sentenças condenatórias com os recursos humanos colocados à disposição pelo Estado.

De acordo com o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população de Recife em 2010 era de 1.537.904 (um milhão, quinhentos e trinta e sete mil, novecentos e quatro habitantes), estimando-se para o ano de 2013 uma população de 1.599.513 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, quinhentos e treze) habitantes. (IBGE, Cidades)

Ainda, segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, conforme a Pesquisa de informações básicas estaduais 2013 e projeções da população do Brasil e unidades da federação por sexo e idade para o período 2000-2030, o percentual de pessoas ocupadas na administração direta e indireta em Pernambuco, é de 1,5%. (IBGE, Pesquisa de informações básicas estaduais 2013 e projeções da população do Brasil e unidades da federação por sexo e idade para o período 2000- 2030)

Assim, aplicando-se à população de Recife, estimada em 1.599.513 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, quinhentos e treze) habitantes, o percentual 1,5% de pessoas ocupadas na administração direta e indireta obtido pelo IBGE para o Estado de Pernambuco, alcança-se um total de, aproximadamente, 23.993 (vinte e três mil, novecentas e noventa e três) pessoas.

Assim, tem-se, em Recife, aproximadamente, 23.993 (vinte e três mil, novecentas e noventa e três) pessoas ocupadas na administração direta e indireta.

Considerando-se que houve apenas 12 pessoas condenadas em três anos, no período de 2008 a 2010, tem-se uma média de 4 (quatro) condenações por ano em Recife, pelo delito de peculato.

Dividindo-se o total aproximado de funcionários públicos em Recife, qual seja, 23.993 (vinte e três mil, novecentas e noventa e três), por 4 (quatro), chega-se à conclusão de que, no período de três anos analisado, houve uma condenação para cada 5.998 (cinco mil novecentos e noventa e oito) funcionários públicos.

Tendo em vista que a simples utilização, por parte de um funcionário público, da tinta da impressora da repartição pública, para fins particulares, já tipifica o delito de peculato, a condenação de apenas um em cada quase seis mil funcionários públicos demonstra que, praticamente, não ocorre a criminalização do crime de peculato.

“A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida.” (ZAFFARONI, 2007, p.170)

Para Eugenio Raúl Zaffaroni “o poder seletivo está sempre nas mãos de agências que o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos.” (2007, p. 191)

A simples utilização por um funcionário público de material de expediente com fins particulares configura o crime de peculato, assim, os números demonstram, ainda, a existência da denominada cifra oculta, em razão de que a quantidade de pessoas alcançadas efetivamente pelo sistema punitivo, muito provavelmente, não corresponde à quantidade de pessoas que praticaram condutas que se amoldam ao tipo penal de peculato.

Em outra perspectiva, a “diferença entre os crimes comunicados (nas estatísticas policiais), em relação às estatísticas dos tribunais, foi definida como *cifra negra*”, segundo Louk Hulsman. (HULSMAN, 2004, p. 48)

Assevera Louk Hulsman que a quase totalidade de fatos problemáticos para uma pessoa pode ser submetido ao Judiciário, entretanto, excepcionalmente isso ocorre:

Quase todos os fatos problemáticos para alguém (pessoa, organização ou movimento) podem ser enfrentados em um procedimento legal, de um modo ou de outro (justiça criminal, justiça civil ou administrativa), mas, na realidade, muito poucos efetivamente o são, como demonstram os números negativos, tanto na justiça criminal, como em outras formas de justiça. (2004, p. 50)

Portanto, a excepcionalidade da criminalização reforça a existência da cifra oculta.

Se a criminalização já é algo excepcional, via de regra, a condenação no serviço público, especificamente, é praticamente um acontecimento raro.

Um servidor público condenado pode, seguramente, ser comparado a uma pessoa que morre eletrocutada por um raio.

Desse modo, apesar de ser considerado um crime grave, pela altíssima pena máxima cominada em abstrato, o estudo demonstra que em um universo muito grande de servidores públicos, o delito de peculato possui uma acanhada resposta penal, considerando-se a baixíssima quantidade de condenações num período relativamente longo de três anos.

É também bastante claro que a mecânica do sistema não é eficiente, mas, muito pelo contrário, é inoperante, tendo em vista que as engrenagens que integram todos os mecanismos componentes do aparato repressivo do Estado, não produzem resultados minimamente satisfatórios.

É através da sentença, que o Juiz julga, de forma definitiva, o mérito da pretensão penal, tanto em relação à imputação da existência do fato, materialidade,

e da imputação da autoria, quanto em relação à adequação típica. (OLIVEIRA, 2013, p. 643)

As sentenças podem ser condenatórias, quando ocorre a condenação do acusado, ou absolutórias, quando o réu é absolvido. As sentenças absolutórias dividem-se em: absolutória sumária (art. 397, IV, CPP), prolatada quando há a extinção da punibilidade, ou seja, quando o Estado perde o direito de realizar a persecução penal; absolutória sumária antecipada, nas hipóteses dos incisos I, II e III, do art. 397 e do art. 415, CPP, e, ainda, absolutória imprópria, exarada para se impor medida de segurança aos inimputáveis. (OLIVEIRA, 2013, p. 644)

Das 22 (vinte e duas) sentenças prolatadas, 10 (dez) não resultaram em condenações por peculato:

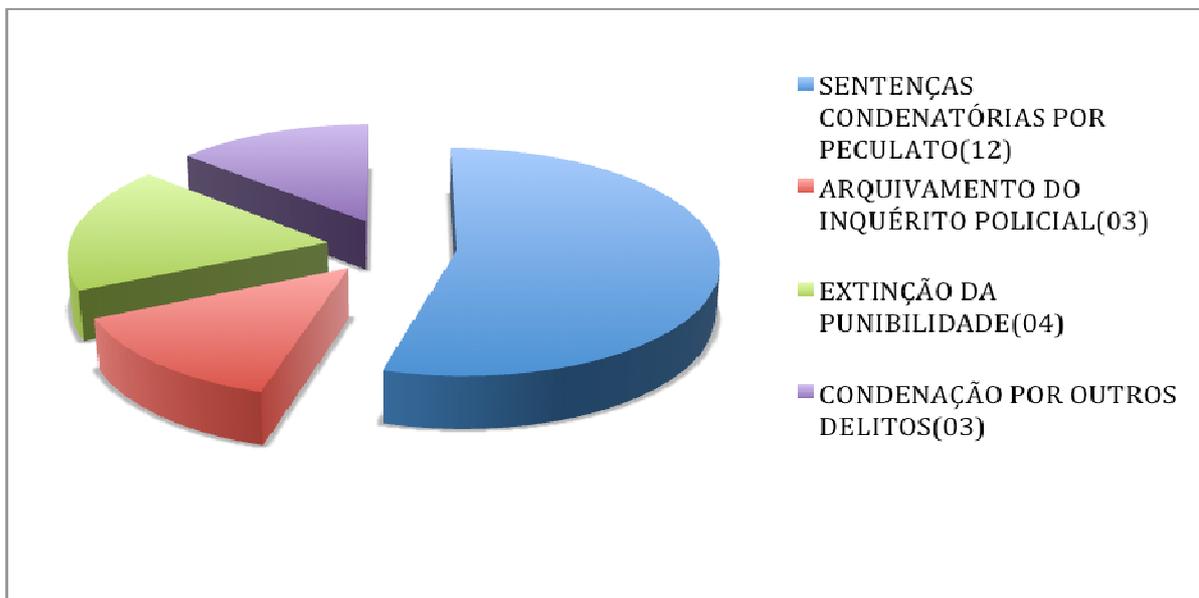
Em 03 (três) situações pelo arquivamento do inquérito policial, não havendo sequer ação penal. O arquivamento do inquérito policial indica que a persecução penal encerrou-se, prematuramente, antes mesmo que houvesse processo.

Em 04 (quatro) situações pela extinção da punibilidade. Com a extinção da punibilidade, não havia mais como o Estado exercer o direito de punir.

Em 03 (três) situações a denúncia foi improcedente com relação ao delito de peculato, tendo havido condenação por outro delito. Indica que os argumentos utilizados na denúncia, pelo Ministério Público, não se refletiram na condenação no tocante ao crime de peculato.

Portanto, em quase a metade dos 22 (vinte e dois) casos analisados, houve problemas na persecução penal, que culminaram na sua prematura dissipação.

Gráfico 02 - Sentenças condenatórias por peculato X Sentenças não condenatórias (Detalhado)



O gráfico 02 retrata, de forma mais detalhada, as diferentes sentenças absolutórias prolatadas, comparando-as com o total de sentenças condenatórias.

No item seguinte, é estudado o perfil dos condenados.

2.2 O perfil dos condenados

O estudo do perfil dos condenados é imprescindível para se aferir a relação entre a concretização da periculosidade do sistema punitivo e a vulnerabilidade. Contabilizando-se, nas sentenças, a exata quantidade de funcionários públicos efetivos, aqueles que são concursados; não efetivos, aqueles que não são concursados, mas que são considerados funcionários públicos por equiparação; e, ainda, de particulares, os quais não são funcionários públicos, é possível se estabelecer se há uma quantidade significativa de pessoas vulneráveis condenadas. Considera-se que, em ordem decrescente de vulnerabilidade, são mais vulneráveis, em primeiro lugar, os particulares, em segundo lugar, os funcionários públicos não efetivos e, em terceiro lugar, os menos vulneráveis, os funcionários públicos efetivos.

Tabela 2 - Perfil dos condenados

N	PROCESSO	PERFIL DOS CONDENADOS
01	001.1998.036093-6	<p><u>02 (duas) funcionárias públicas efetivas</u>, encarregadas do preenchimento de guias de remessa de alimentos e ordens de entrega;</p> <p><u>01 (uma) funcionária pública efetiva</u>, responsável pelos cálculos e conferência de notas fiscais;</p> <p><u>02 (dois) particulares</u>, um deles motorista de caminhão, condenados nos termos do art. 30, CP.</p>
02	001.2002.029344-6	<p><u>03 (três) funcionários públicos por equiparação</u> (trabalhando na Administração Pública através de empresa prestadora de serviço contratada pelo Estado, são considerados funcionários públicos por equiparação, conforme art. 327, §1º, CP);</p> <p><u>01 (um) funcionário público efetivo</u> (motorista da SEFAZ);</p> <p><u>01 (um) particular</u> (manobrista de um estacionamento particular, aplica-se o artigo 30, <i>in fine</i>, CP);</p> <p><u>01 (um) particular</u> (gerente de uma loja clandestina de suprimentos de informática, não foi condenado por peculato, mas apenas por receptação).</p>
03	001.2003.056941-0	<p><u>01 (uma) funcionária pública efetiva</u> (chefe da divisão de cadastro da Secretaria de Planejamento do Estado de PE)</p>
04	001.2004.043259-0	<p><u>01 (um) funcionário Público efetivo</u> (agente de estação, funcionário do METROREC);</p> <p><u>02 (dois) funcionários públicos por equiparação</u> (empregados de empresas prestadoras de serviço do METROREC);</p>
05	001.2005.133118-8	<p><u>03 (três) funcionários públicos por equiparação</u> (motoristas);</p> <p><u>01 (um) funcionário público por equiparação</u> (contratado para prestação de serviços em seu veículo)</p>
06	001.2005.128727-8	<p><u>01 (um) particular</u> (aplica-se o artigo 30, CP);</p>

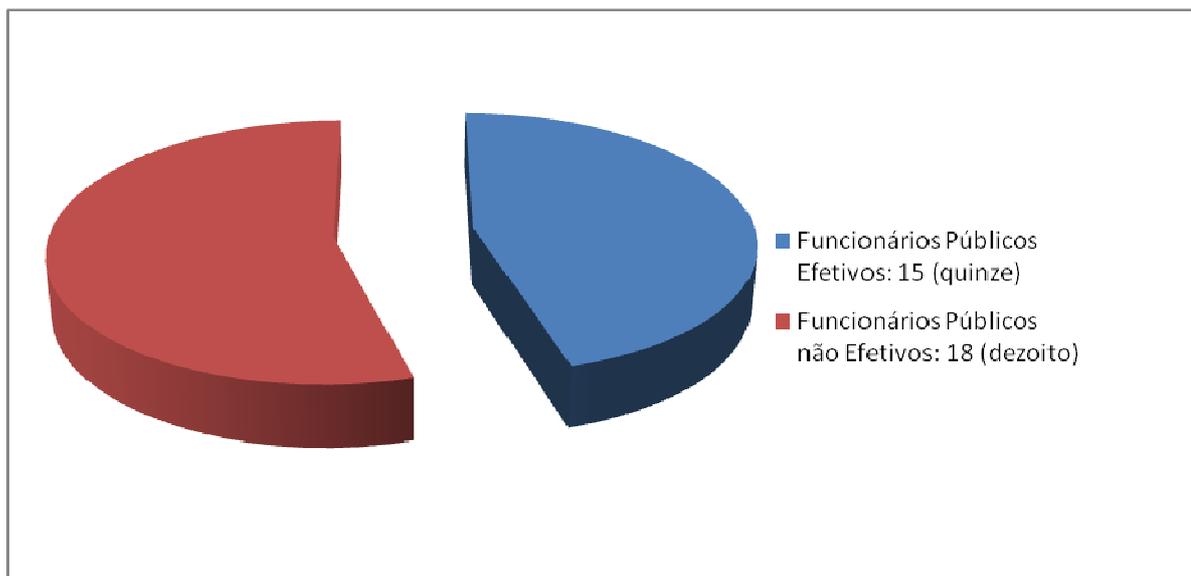
		<u>03 (três) funcionários Públicos efetivos</u> (funcionários da EMLURB)
07	001.2006.022261-2	<u>01 (uma) funcionária pública efetiva</u> (escrevente do segundo serviço de notas da Capital);
08	001.2008.043982-0	<u>01 (um) funcionário público por equiparação</u> (trabalhando como recepcionista na Secretaria de Saúde através de empresa prestadora de serviço contratada pelo Estado); <u>02 (duas) particulares</u> (aplica-se o artigo 30, CP);
09	0007956-41.2008.8.17.0001	<u>01 (um) funcionário público efetivo</u> (servidor do Poder Judiciário, exercendo suas funções na secretaria da primeira Vara de Família da Capital);
10	0024315-47.2000.8.17.0001	<u>01 (uma) funcionária pública efetiva</u> (coordenadora do centro social urbano Cid Feijó Sampaio);
11	121098-86.2009.8.17.0001	<u>02 (dois) funcionários públicos por equiparação</u> (motoristas de ônibus, contratados pelas prefeituras de Carpina/PE e Lagoa do Carro/PE)
12	0004911-29.2008.8.17.0001	<u>03 (três) funcionários públicos efetivos</u> (agentes da polícia civil).

Foram condenados mais funcionários públicos não efetivos que efetivos, o que comprova a seletividade do poder punitivo. (ZAFFARONI, 2007, 170)

Assim, a pesquisa ratifica de forma bastante contundente a concepção defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni de que modelo de justiça criminal é muito seletivo, pois o sistema segrega pessoas que se acham em situações sociais diferenciadas.

Cumpra, ainda, destacar que o desvio é um erro publicamente rotulado. (BECKER, 2008, p. 167)

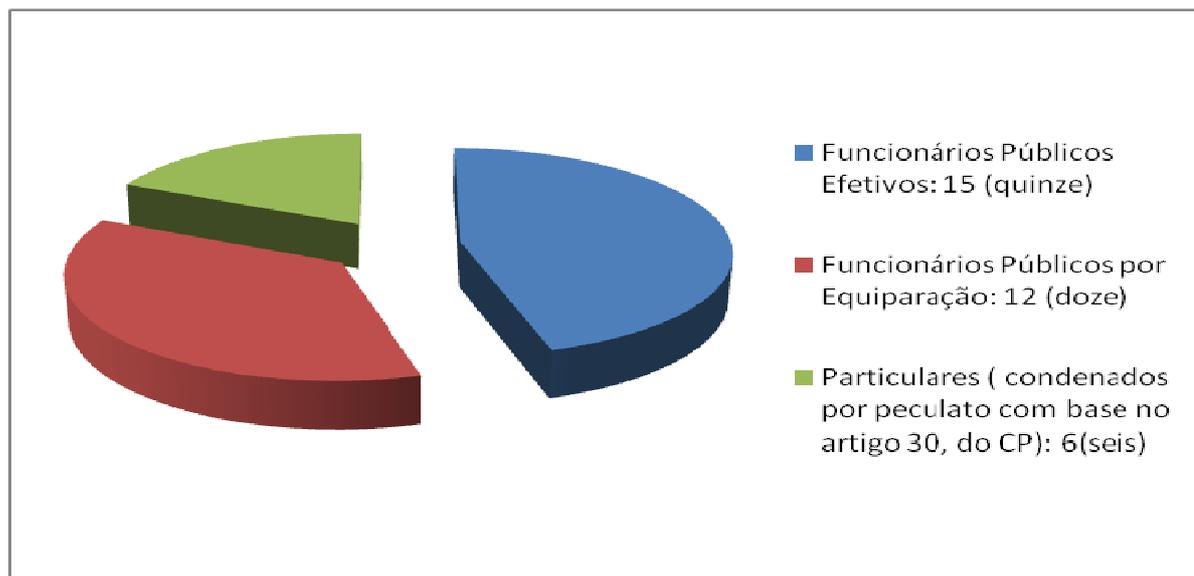
Comprova-se, com isso, a ideia de que se o desvio é um erro publicamente rotulado, então tal rotulação foi determinante na criminalização, tendo sido mais criminalizados funcionários públicos não efetivos, justamente aqueles que não são concursados e que são marginalizados no serviço público de um modo geral.

Gráfico 03 – Perfil dos condenados por peculato

O gráfico 03 permite visualizar que a quantidade de funcionários públicos não efetivos condenados por peculato, (18) dezoito, foi maior que a quantidade de funcionários públicos efetivos condenados (15) quinze, indicando que a seletividade do sistema punitivo é acentuada também no tocante à persecução penal do delito de peculato. A vulnerabilidade em relação ao poder punitivo estatal é maior em relação aos funcionários públicos não efetivos. Assim, o modelo de justiça criminal alcança mais facilmente aqueles funcionários públicos não amparados por um cargo público efetivo na Administração Pública.

Cumprido, ainda, destacar que de acordo com Howard Saul Becker desvio é um erro publicamente rotulado. (2008, p. 167)

Nessa perspectiva, sendo o desvio um erro publicamente rotulado, então, tal rotulação foi determinante na criminalização, tendo sido menos criminalizados funcionários públicos efetivos que não efetivos, justamente aqueles que estão na base da pirâmide do serviço público.

Gráfico 04 – Perfil dos Condenados por Peculato (Detalhado)

O gráfico 04 permite visualizar que a quantidade de funcionários públicos não efetivos condenados por peculato, (18) dezoito, composta por funcionários públicos equiparados e particulares, foi maior que a quantidade de funcionários públicos efetivos condenados (15) quinze, indicando que a segregação do sistema punitivo é a tônica também no tocante à persecução penal do delito de peculato.

Tabela 3 - Cargo do funcionário público efetivo condenado

N	PROCESSO	Cargo do funcionário público efetivo condenado
01	001.1998.036093-6	02 (duas) funcionárias públicas efetivas, encarregadas do preenchimento de guias de remessa de alimentos e ordens de entrega; 01(uma) funcionária pública efetiva, responsável pelos cálculos e conferência de notas fiscais;
02	001.2002.029344-6	01(um) funcionário público efetivo (motorista da SEFAZ);
03	001.2003.056941-0	01(uma) funcionária pública efetiva (chefe da divisão de cadastro da Secretaria de Planejamento do Estado

		de PE)
04	001.2004.043259-0	01(um) funcionário Público efetivo (agente de estação, funcionário do METROREC);
05	001.2005.133118-8	Não houve condenação de funcionário efetivo;
06	001.2005.128727-8	03(três) funcionários Públicos efetivos (funcionários da EMLURB)
07	001.2006.022261-2	01(uma) funcionária pública efetiva (escrevente do segundo serviço de notas da Capital);
08	001.2008.043982-0	Não houve condenação de funcionário efetivo
09	0007956-41.2008.8.17.0001	01(um) funcionário público efetivo (servidor do Poder Judiciário, exercendo suas funções na secretaria da primeira Vara de Família da Capital);
10	0024315-47.2000.8.17.0001	01(uma) funcionária pública efetiva (coordenadora do centro social urbano Cid Feijó Sampaio);
11	121098-86.2009.8.17.0001	Não houve condenação de funcionário efetivo
12	0004911-29.2008.8.17.0001	03(três) funcionários públicos efetivos (agentes da polícia civil);

Os cargos ocupados pelos funcionários públicos condenados são, na grande maioria, subalternos, ou seja, não fazem parte da estrutura superior da Administração Pública.

Funcionários públicos subalternos são aqueles que ocupam uma posição inferior na hierarquia da Administração pública, não tendo quase nenhum poder de decisão e baixo prestígio na pirâmide que forma todo o aparelho burocrático do Estado.

Vera Regina Pereira de Andrade assevera que o modelo punitivo atua seletivamente “criminalizando os baixos estratos sociais e reproduzindo as desigualdades sociais”. (2006, p. 471)

A reprodução das desigualdades sociais se evidencia no serviço público quando se observa que o sistema punitivo separa, de acordo com o estrato social, aquelas pessoas que são criminalizadas.

Isso quer dizer que a imensa maioria das pessoas condenadas ocupa a base da Administração Pública, tendo pouco ou quase nenhum poder decisório, baixo prestígio e influência mínima em relação aos outros funcionários públicos, de

modo que se acham em um nível de maior exposição ao poder punitivo estatal e, assim, estão muito mais vulneráveis que aqueles que se encontram no topo do campo burocrático do Estado.

Os dados comprovam a ideia defendida por Eugenio Raúl Zaffaroni de que a concretização da periculosidade do sistema punitivo, na hipótese de pessoas de um status social mais elevado, só se realiza com um esforço pessoal muito maior. (2004, p. 38)

Assim, a culpabilidade relaciona-se com a vulnerabilidade, de modo que a sensação de justiça que a ideologia da defesa social mobiliza em relação às pessoas, não encontra fundamento na prática da persecução penal, pois o modelo seleciona e criminaliza de forma diferenciada, a depender da posição do indivíduo no campo burocrático.

Assevera Alessandro Baratta que o uso do conceito de defesa social “é acompanhado de uma irrefletida sensação de militar do lado justo, contra mitos e concepções mistificantes e superados, a favor de uma ciência e de uma praxis penal racional.” (2002, p. 44)

Assim, a mitificação promovida pela ideologia da defesa social em relação ao exaltado princípio da culpabilidade mobiliza na sociedade uma infundada percepção de justiça. A culpabilidade não está relacionada apenas a uma atitude interior reprovável, mas, muito mais, a uma posição desfavorecida ocupada pelo agente no corpo social, tornando-o vulnerável.

Cumprindo ainda destacar que o desvio é um erro publicamente rotulado. (BECKER, 2008, p. 167)

Demonstra-se, nesse sentido, a ideia de que se o desvio é um erro publicamente rotulado, então, tal rotulação foi determinante na criminalização, tendo sido mais criminalizados funcionários públicos subalternos, justamente aqueles que estão na base da pirâmide do serviço público.

2.3 Hipóteses de perda do cargo público

Nesse item, são estudadas as sentenças no tocante à perda ou não do cargo público, para se verificar até que ponto o Direito Penal se difunde em relação ao Direito Administrativo.

Tabela 4 - Hipóteses de perda do cargo público

N	Processo	Juiz	Hipóteses de perda da função pública
01	001.1998.036093-6	A	Não foi decretada a perda do cargo pública.
02	001.2002.029344-6	A	Foi decretada a perda do cargo público.
03	001.2003.056941-0	B	Não foi decretada a perda do cargo pública.
04	001.2004.043259-0	A	Não foi decretada a perda do cargo pública.
05	001.2005.133118-8	B	Foi decretada a perda do cargo público.
06	001.2005.128727-8	B	Foi decretada a perda do cargo público.
07	001.2006.022261-2	B	Foi decretada a perda do cargo público.
08	001.2008.043982-0	B	Não foi decretada a perda do cargo pública.
09	0007956-41.2008.8.17.0001	B	Foi decretada a perda do cargo público.
10	0024315-47.2000.8.17.0001	B	Não foi decretada a perda do cargo pública.
11	121098-86.2009.8.17.0001	B	Foi decretada a perda do cargo público.
12	0004911-29.2008.8.17.0001	B	Foi decretada a perda do cargo público.

Não parece haver qualquer tipo de padrão em relação ao juiz que prolatou a sentença e a decretação ou não da perda da função pública. Nas 3 (três) sentenças exaradas pelo juiz A, apenas em uma delas, houve a decretação da perda do cargo público, o que quer dizer que o juiz A decretou a perda da função pública em 33,3% das sentenças que prolatou. Já o juiz B exarou 9 (nove) sentenças, determinando a perda da função pública em 6 (seis), o que implica que o juiz B decretou a perda da função pública em 66,6% das sentenças que prolatou.

Cumpra observar que, a decretação da perda do cargo público pelo Poder Judiciário representa uma punição penal, de cunho administrativo.

A perda do cargo público foi decretada apenas em 07(sete) das 12 (doze) sentenças condenatórias.

O art. 92, do Código Penal trata dos efeitos da condenação e, especificamente, da perda do cargo público:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (BRASIL, 2010, p. 550)

Evidencia-se, a partir da análise dos dados da tabela 4, que o artigo 92, I, do CP, que trata dos efeitos extrapenais da sentença condenatória no tocante à perda do cargo pública é letra morta, por ter baixíssima aplicação prática. Observa-se, ainda, que se cinge ao livre arbítrio judicial a decretação ou não da perda do cargo público, vez que em muitas das hipóteses analisadas poderia ter sido decretada, mas não foi.

Gráfico 05 – Perda do cargo público nas hipóteses de sentença condenatória por peculato

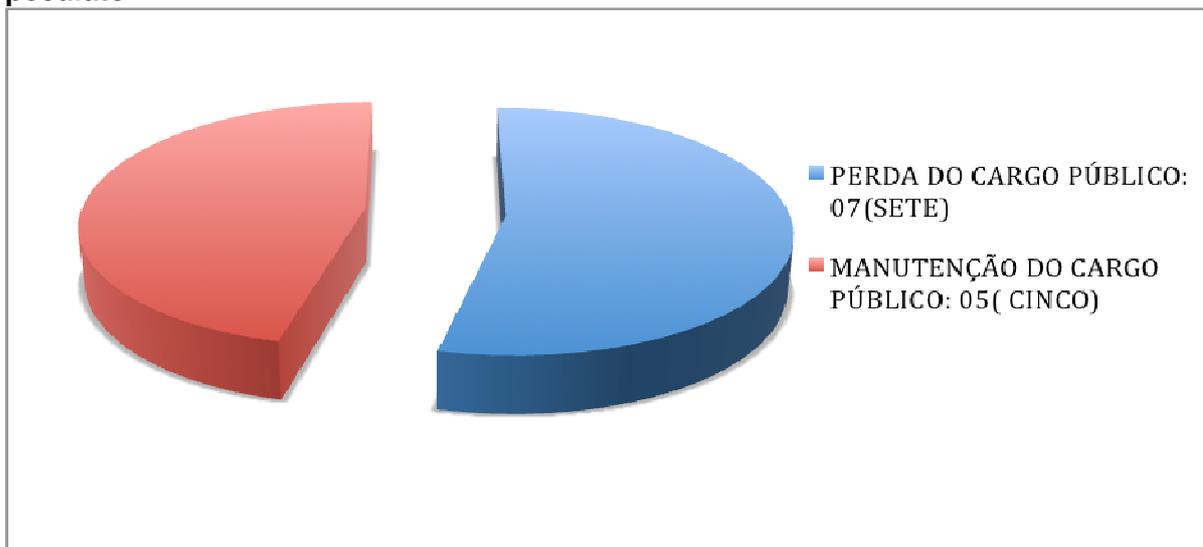
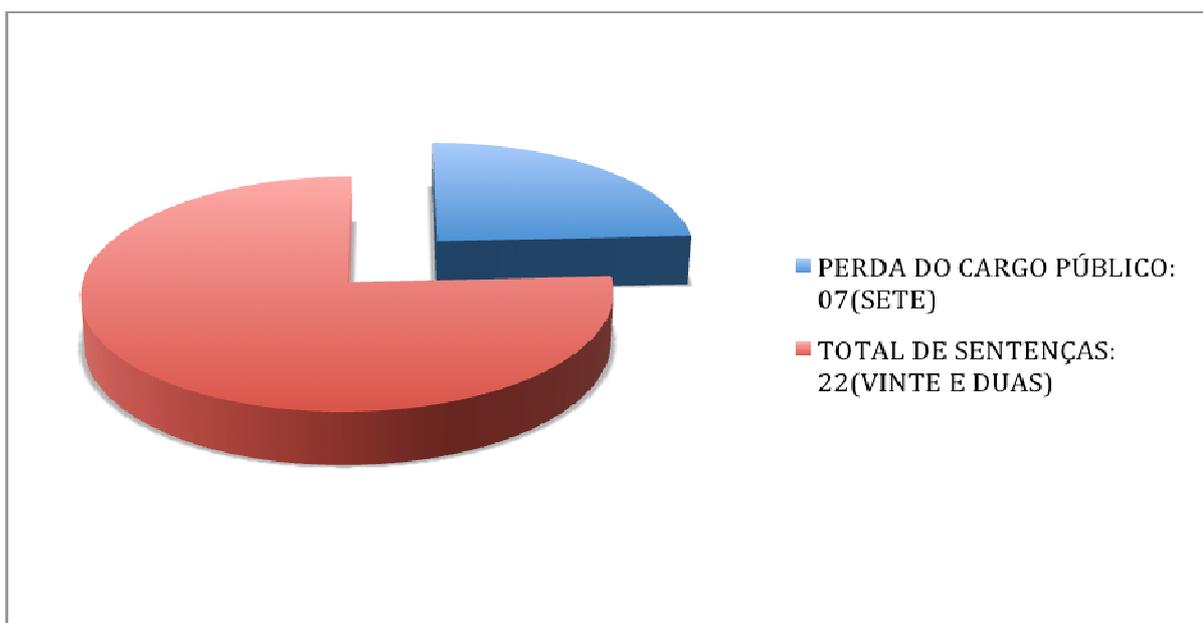


Gráfico 06 – Perda do cargo público relativamente ao total de sentenças



Os gráficos 04 e 05 tratam, respectivamente, da perda do cargo público nas hipóteses de sentença condenatória por peculato e a perda do cargo público relativamente ao total de sentenças.

No item subsequente, apresenta-se um estudo da inexpressividade da multa sancionada em relação aos prejuízos estimados ocasionados à Administração Pública.

2.4 Inexpressividade da multa sancionada em relação aos prejuízos ocasionados à Administração Pública: o falseamento da tutela de bens jurídicos

Apesar da multa não ter natureza jurídica reparatória ou indenizatória no ordenamento jurídico pátrio, é realizado, nesse ponto, um estudo comparativo no tocante à diferença entre o montante da multa cominada na sentença condenatória e o prejuízo ocasionado à Administração Pública.

Segundo Cesar Roberto Bitencourt, a classificação mais tradicional de penas pecuniárias divide-se em três categorias: confisco, multa reparatória e a multa. A Constituição de 1988 previu a possibilidade do confisco como pena sob a denominação de perda de bens. Quanto à multa reparatória, esta não foi adotada pelo legislador. Por último, tem-se a pena de multa penal. (2012, p. 737/738)

A pena de multa penal possui duas características tradicionais internacionalmente que a distingue de outras espécies de sanções pecuniárias: possibilidade de ser convertida em prisão, não sendo paga e caráter personalíssimo, apesar de que no Brasil, não é possível a conversão da multa em prisão. (BITENCOURT, 2012, p. 738)

Segundo Cesar Roberto Bitencourt “é de lamentar que nosso legislador tenha dispensado essa modalidade de multa. ” (2012, p. 738)

O fato da multa não ter caráter indenizatório no ordenamento jurídico pátrio é mais um argumento contrário à concepção apregoada pela dogmática de que o Direito Penal propicia proteção aos bens juridicamente tutelados, tendo em vista que o direito civil, em muitas situações, poderia ter sido utilizado com mais eficácia.

Para que serve a multa, então, se não guarda nenhuma relação com o prejuízo ocasionado?

Assim, pretende-se demonstrar como é falsa a ideia apregoada pela dogmática de que o Direito Penal propicia proteção aos bens juridicamente tutelados, através de uma singela comparação entre os prejuízos estimados ocasionados à Administração Pública e as multas sancionadas nas sentenças condenatórias.

De acordo com a Dogmática Penal, o mais relevante bem juridicamente tutelado no tocante ao delito de peculato é o patrimônio da Administração Pública. Será que o Direito Penal efetivamente consegue defender o patrimônio dilapidado do Erário Público, recompondo-o em sua integralidade?

Tabela 5 - Prejuízos estimados ocasionados à Administração Pública

N	Processo	Prejuízo à Administração Pública	Perda da Função Pública
01	001.1998.036093-6	R\$ 2.600.000,00 (Dois milhões e seiscentos mil Reais)	Não
02	001.2002.029344-6	R\$ 182.043, 24 (Cento e oitenta e dois mil, quarenta e três Reais e vinte e quatro centavos)	Sim
03	001.2003.056941-0	R\$ 100.000,00 (Cem mil Reais)	Não
04	001.2004.043259-0	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Não
05	001.2005.133118-8	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Sim
06	001.2005.128727-8	R\$ 140.000,00 (Cento e quarenta mil Reais)	Sim
07	001.2006.022261-2	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Sim
08	001.2008.043982-0	R\$ 126.822,52 (Cento e vinte e seis mil, oitocentos e vinte e dois Reais e cinquenta e dois centavos)	Não
09	0007956-41.2008.8.17.0001	R\$ 1.260,00 (mil duzentos e sessenta Reais)	Sim

10	0024315-47.2000.8.17.0001	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Não
11	121098-86.2009.8.17.0001	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Sim
12	0004911-29.2008.8.17.0001	Não há estimativa dos prejuízos na sentença.	Sim

Observa-se que apesar de ter havido um prejuízo estimado à Administração Pública de R\$ 2.600.000,00 (Dois milhões e seiscentos mil Reais) no tocante ao processo 001.1998.036093-6 não houve a decretação da perda da função pública. Por outro lado, decretou-se a perda da função pública no processo 0007956-41.2008.8.17.0001 em que se verificou um prejuízo à Administração Pública sensivelmente menor, totalizando R\$ 1.260,00 (mil duzentos e sessenta Reais).

Critérios altamente subjetivos e uma imensa discricionariedade por parte do julgador no que atine à perda da função pública, ou seja, ausência de parâmetros mais objetivos no código penal e a utilização da conveniência e da oportunidade explicam porque a perda da função pública não segue um padrão lógico quando relacionada ao prejuízo estimado.

Assim, expõe-se uma incoerência muito grande do sistema punitivo quando se relaciona o prejuízo estimado à Administração Pública e a perda da função pública.

A legitimidade do sistema punitivo é, nesse viés, utópica, por ausência de racionalidade, reflexo da incoerência interna.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni a coerência interna do modelo punitivo está baseada não só na “não-contradição ou complexidade lógica”, mas também numa fundamentação de ordem antropológica, pois o direito deve servir ao homem e não o inverso. (2012, p. 16)

Na medida em que a perda da função pública não guarda nenhuma relação lógica com o prejuízo ocasionado à Administração Pública, não só a falta de complexidade lógica do sistema se evidencia, como também como o homem, na pessoa do julgador, acaba servindo ao Direito e não o inverso, carecendo o modelo de fundamentação de ordem antropológica.

No que atine à tríplice responsabilidade do servidor público, ou seja, a possibilidade de o servidor público poder ser responsabilizado em três níveis: administrativo, civil e penal, a multa sancionada na sentença atua no âmbito penal. Tem-se uma sanção pecuniária aplicada na sentença penal.

Já a decretação da perda da função pública, apesar de ser algumas vezes sancionada na sentença penal, possui natureza jurídica eminentemente administrativa. Desta feita, a perda da função pública pode ser decretada tanto na sentença, quando presentes alguns requisitos legais, estampados no art. 92, do Código Penal, a critério do julgador, como pode ser decretada administrativamente, como sanção administrativa, após um processo administrativo disciplinar.

Interessante destacar que, a perda da função pública não é um efeito automático da sentença penal, devendo ser declarada expressamente pelo julgador, conforme preceitua o parágrafo único do art. 92, do Código Penal.

Assim, é possível que mesmo estando o julgador diante de uma das hipóteses elencadas nos incisos I e II, do art. 92, decida não decretar a perda da função pública, deixando tal atribuição para a esfera administrativa.

Quando não houver aplicação de pena privativa de liberdade, pela possibilidade de substituição por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal, a perda da função pública será muito mais severa que a pena de multa sancionada na sentença, pois acarretará sérios problemas de ordem financeira ao condenado:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

(BRASIL, 2010, p. 545)

Portanto, a multa pecuniária, como sanção penal aplicada na sentença, não parece constituir uma punição que tenha efetivamente o condão de abalar financeiramente o acusado, já que não tem caráter reparatório, de modo que a função declarada não corresponde à função real.

Na tabela abaixo, encontram-se relacionados a multa sancionada e o número do processo penal da qual se origina.

Tabela 6 - Multa sancionada em relação ao delito de peculato¹

N	Processo	Multa Sancionada
01	001.1998.036093-6	200 dias-multa para dois réus, 120 e 80 dias-multa para outros dois réus, fixadas em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 1994 era de R\$ 70,00(setenta Reais). Total de dias-multa = $[200 \times 2(\text{réus}) + 120 + 80] \times 70,00/30 \approx 600 \times 70,00/30 \approx \text{R\$ } 1.400,00$ (mil e quatrocentos Reais)
02	001.2002.029344-6	60 dias-multa (1º Réu); 60 dias-multa (2º Réu); 60 dias-multa (3º Réu); 60 dias-multa (4º Réu); 60 dias-multa (5º Réu), fixadas em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2002 era de R\$ 200,00(duzentos Reais). Total das dias-multa = 60×05 (cinco réus) $\times \text{R\$ } 200,00/30 \approx 300 \times 200,00/30 \approx \text{R\$ } 2.000,00$ (Dois mil Reais)
03	001.2003.056941-0	120 dias-multa, fixadas em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 1995 era de R\$ 100,00(cem Reais). Total das dias-multa = $120 \times \text{R\$ } 100,00/30 \approx \text{R\$ } 400,00$ (quatrocentos Reais)
04	001.2004.043259-0	10 dias-multa para dois réus e 30 dias-multa para o terceiro réu, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época. O Salário mínimo em 2004 era de R\$ 260,00 (duzentos e sessenta Reais). Total de dias-multa = $[10 \times 2(\text{réus}) + 30] \times \text{R\$ } 260,00/30 \approx 50 \times 260,00/30 \approx \text{R\$ } 433,00$ (quatrocentos e trinta e três Reais)
05	001.2005.133118-8	90 dias-multa para cada um dos quatro réus, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2004 era de R\$ 300,00(trezentos

¹ Os valores do salário mínimo utilizados nos cálculos da tabela 6 foram obtidos em uma tabela de autoria de Elmo Nélio Moreira, no endereço eletrônico da Gazeta de Itauna, na seção de **Economia e Finanças**, disponível em: http://www.gazetadeitauna.com.br/valores_do_salario_minimo_desde_.htm.

		Reais). Total de dias-multa = $90 \times 4(\text{réus}) \times \text{R\$ } 300,00/30 \approx 360 \times \text{R\$ } 300,00/30 \approx \text{R\$ } 3.600,00$ (três mil e seiscentos Reais)
06	001.2005.128727-8	100 dias-multa para cada um dos quatro réus, fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2001 era de R\$ 180,00(cento e oitenta Reais). Total de dias-multa = 100×4 (quatro réus) $\times \text{R\$ } 180,00/30 \approx 400 \times \text{R\$ } 180,00/30 \approx \text{R\$ } 2.400,00$ (dois mil e quatrocentos Reais)
07	001.2006.022261-2	90 dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2000 era de R\$ 151,00(cento e cinquenta e um Reais). Total de dias-multa = $90 \times \text{R\$ } 151,00/30 \approx \text{R\$ } 453,00$ (quatrocentos e cinquenta e três Reais)
08	001.2008.043982-0	180 dias-multa (1º Réu); 120 dias-multa (2ª Ré) e 120 dias-multa (3ª Ré), fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época. O Salário mínimo em 2006 era de R\$ 350,00(trezentos e cinquenta Reais). Total de dias-multa = $(180+120+120) \times \text{R\$ } 350,00/30 \approx 300 \times \text{R\$ } 350,00/30 \approx \text{R\$ } 4.900,00$ (Quatro mil e novecentos Reais)
09	0007956-41.2008.8.17.0001	150 dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2002 era de R\$ 200,00(Duzentos Reais). Total de dias-multa = $150 \times \text{R\$ } 200,00/30 \approx \text{R\$ } 1.000,00$ (mil Reais)
10	0024315-47.2000.8.17.0001	30 dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 1998 era de R\$ 130,00(cento e trinta Reais). Total de dias-multa = $30 \times \text{R\$ } 130,00/30 \approx \text{R\$ } 130,00$ (cento e trinta Reais)
11	121098-86.2009.8.17.0001	90 dias-multa (1º Réu) e 90 dias-multa (2º Réu), fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2009 era de R\$ 465,00(quatrocentos e sessenta e cinco Reais). Total de dias-multa = $(90+90) \times \text{R\$ } 465,00/30 \approx 180 \times \text{R\$ } 465,00/30 \approx \text{R\$ } 2.790,00$ (Dois mil setecentos e noventa Reais)

12	0004911-29.2008.8.17.0001	120 dias-multa (1º Réu); 120 dias-multa (2º Réu) e 90 dias-multa (3º Réu), fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. O Salário mínimo em 2007 era de R\$ 380,00(trezentos e oitenta Reais). Total de dias-multa = (120+120+90) x R\$ 380,00/30 ≈ 330 x R\$ 380,00/30 ≈ R\$ 4.180,00 (Quatro mil cento e oitenta Reais)
----	---------------------------	---

A inexpressividade das multas em relação à magnitude dos prejuízos estimados ocasionados à Administração Pública, nessa pesquisa, evidencia como é falso o pressuposto de que o Direito Penal efetivamente ampara bens jurídicos.

De acordo com o Código Penal e considerando o atual valor do salário mínimo de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), o maior valor possível de uma multa aplicada a um réu seria de:

360 dias-multa (máximo permitido pelo artigo 49, do Código Penal)

Valor máximo do dia-multa é de 05 (cinco) vezes o salário mínimo (art. 49, parágrafo primeiro, CP).

O valor poderá, ainda, ser triplicado a depender da situação econômica do réu (art. 60, parágrafo primeiro, CP):

360 dias – multa x 05 x 03 x R\$ 724,00 = R\$ 3.909.600,00 (três milhões novecentos e nove mil e seiscentos Reais)

Observa Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar da pena de multa, que a mesma, “em nosso Código Penal, veio sofrendo aviltamento constante, o que a tornou absolutamente ineficaz, mesmo quando aplicada no máximo, ou, até mesmo, quanto elevada ao triplo.” (2012, p. 739)

Chama atenção, que não há nas sentenças 001.2004.043259-0 e 001.2005.133118-8, nenhuma menção à estimativa dos prejuízos ocasionados à Administração Pública.

Do exemplo acima exposto, evidencia-se a falta de critérios mais objetivos no cálculo da pena de multa, o que resulta numa amplíssima margem de discricionariedade por parte do magistrado, o que, somado à falta de fundamentação na sentença, em dissonância ao preceito insculpido na Constituição Federal, acerca

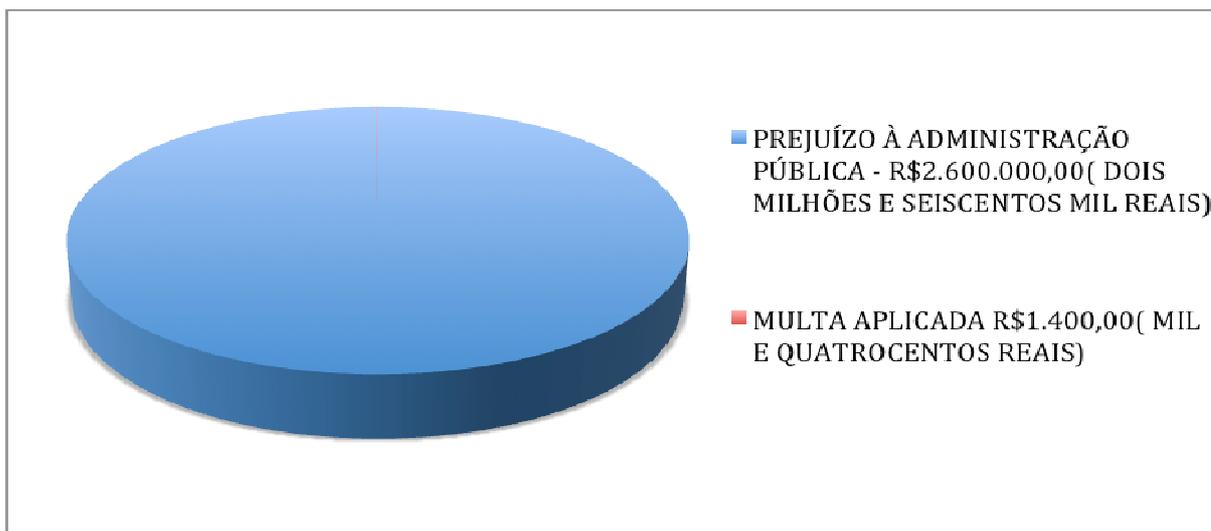
da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, no artigo 93, IX, da CF, leva a sentenças que estão calcadas em juízos arbitrários e voluntaristas.

Os números demonstram que nas seis hipóteses em que se estimou o prejuízo à Administração Pública a multa sancionada foi inferior ao prejuízo, em alguns casos de forma bem significativa.

Por essa perspectiva, levando-se em consideração que a multa no Direito Penal não tem caráter reparatório, mas apenas sancionatório, o crime compensa.

No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 001.1998.036093-6:

**Gráfico 07 – Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada
(Processo 001.1998.036093-6)**



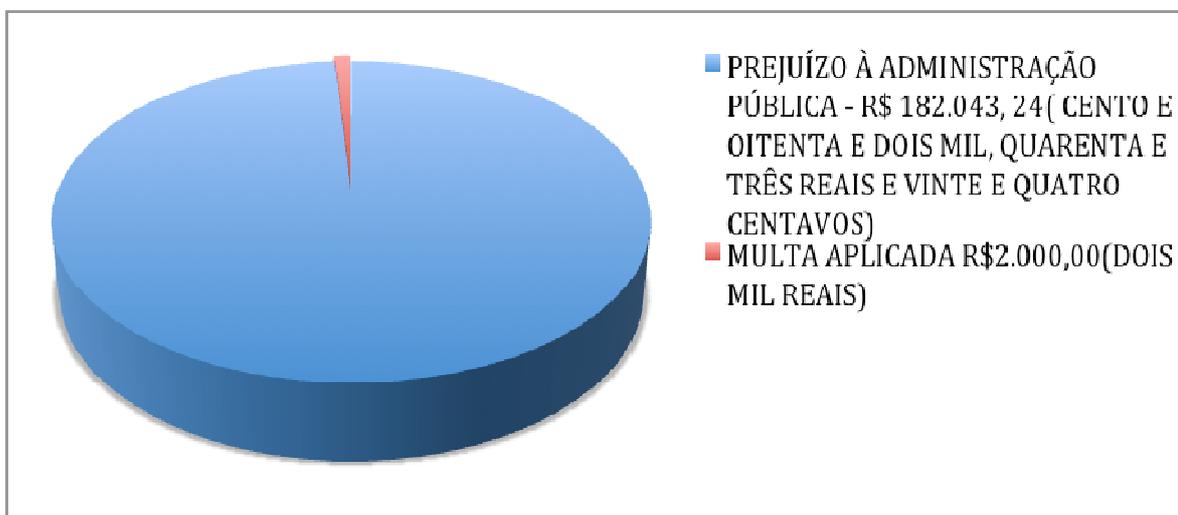
A análise da relação entre o prejuízo estimado ocasionada à Administração Pública e a multa sancionada recai na questão de qual é o objetivo do Direito Penal. Para Vera Regina Pereira de Andrade o que caracteriza o sistema punitivo é a eficácia invertida, “a contradição entre funções declaradas ou promessas que não cumpre, e funções reais que cumpre sem declarar; que cumpriu em silêncio, embora hoje desnudadas”. (2006, p. 470)

Assim, há funções que são anunciadas e outras ocultas. No tocante à pena de multa, sua função declarada pela doutrina é que serve como sanção penal, não tendo caráter reparatório.

Observa-se, nitidamente, no gráfico 07, que o prejuízo à Administração Pública foi significativamente maior que o valor da multa aplicada na sentença, o que corrobora a ideia de que a função sancionatória declarada da pena de multa não é real, pois o valor de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos Reais) apresenta-se como irrisório ante a magnitude do prejuízo de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais)

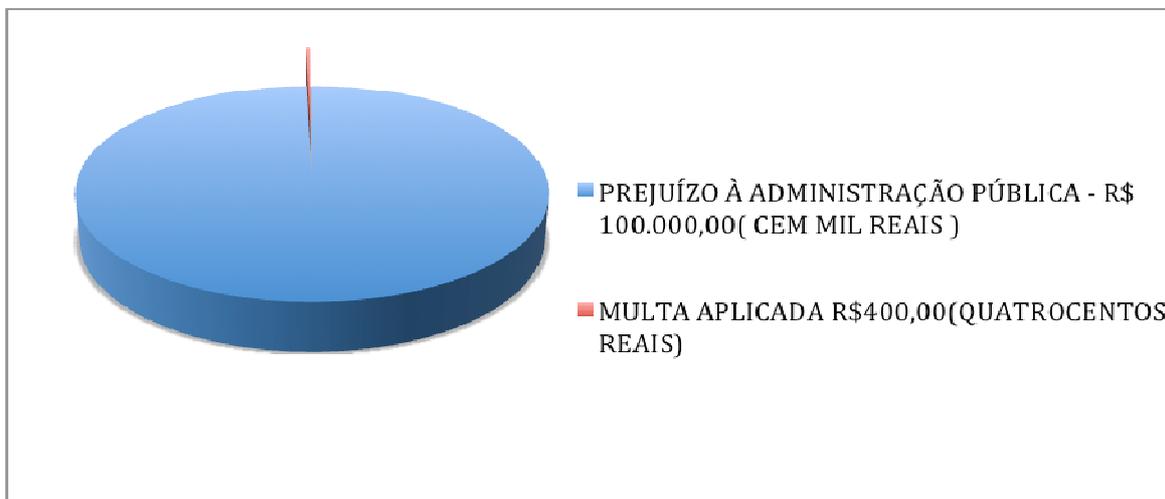
No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 001.2002.029344-6:

**Gráfico 08 – Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada
(Processo 001.2002.029344-6)**



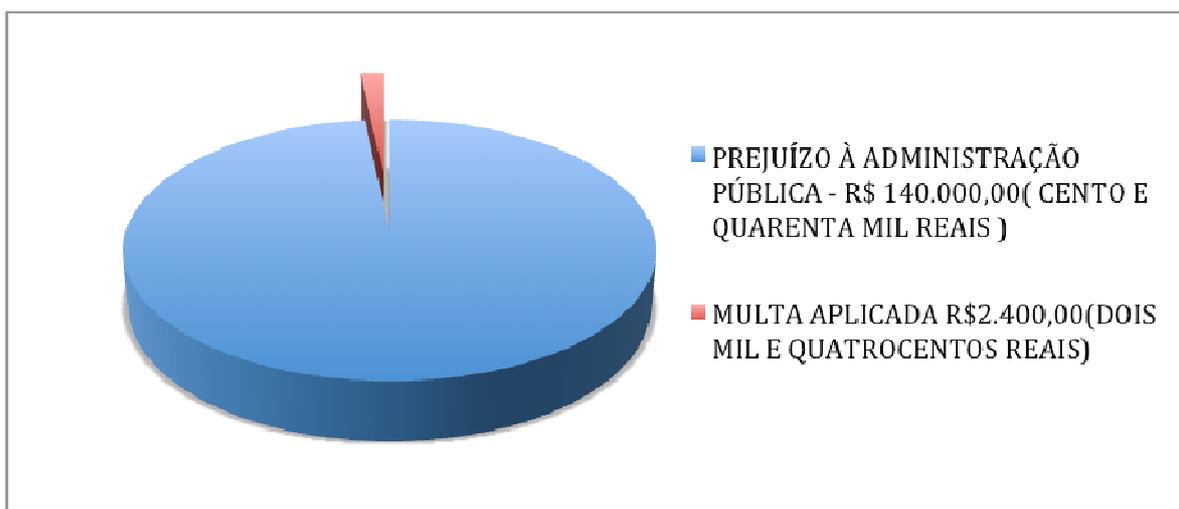
No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 001.2003.056941-0:

**Gráfico 09 – Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada
(Processo 001.2003.056941-0)**



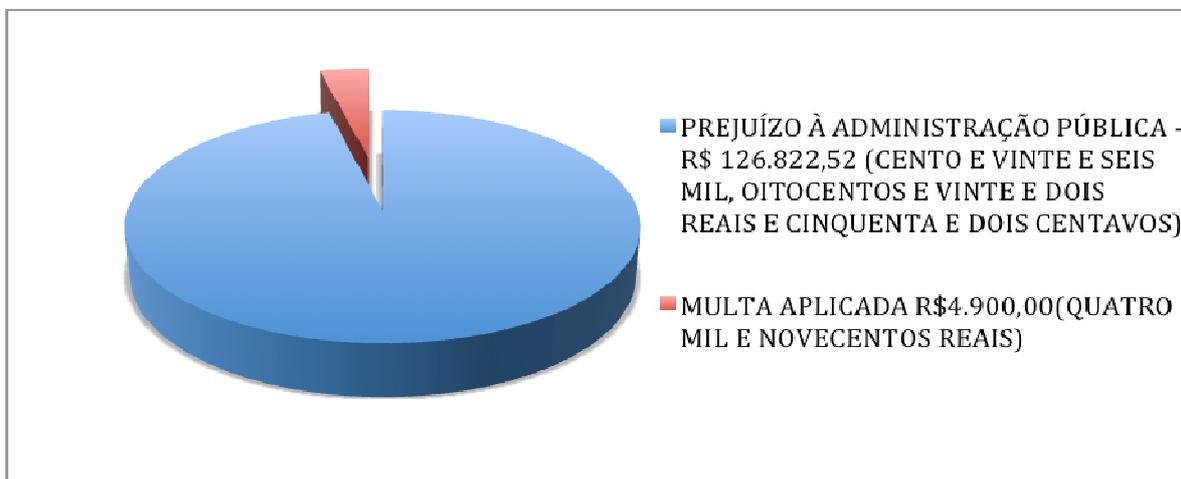
No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 001.2005.128727-8:

**Gráfico 10 – Prejuízo à Administração Pública X Multa Sancionada
(Processo 001.2005.128727-8)**



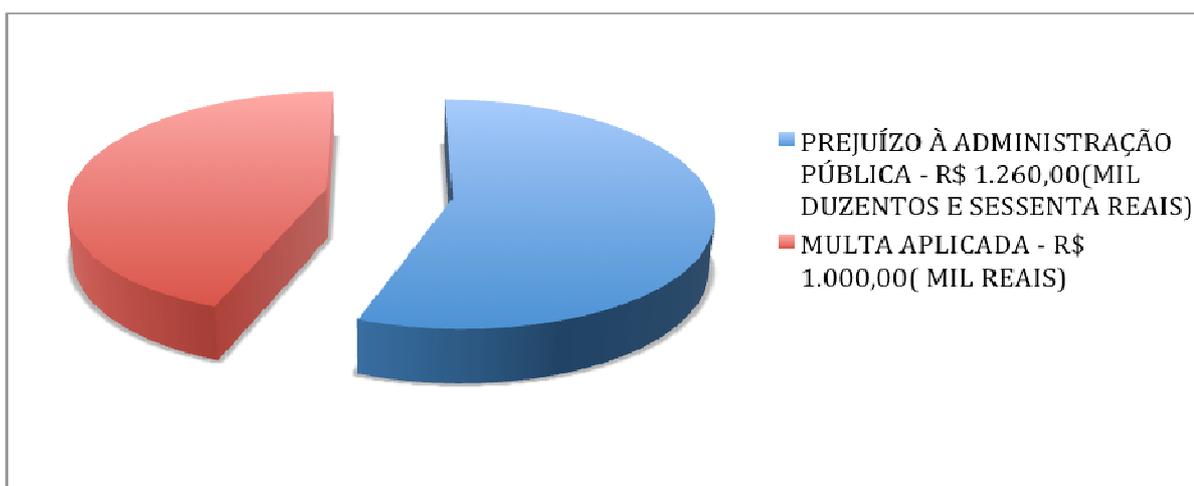
No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 001.2008.043982-0:

**Gráfico 11 – Prejuízo à Administração Pública X Multa sancionada
(Processo 001.2008.043982-0)**



No gráfico abaixo, retrata-se graficamente a relação entre o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante ao processo 0007956-41.2008.8.17.0001:

**Gráfico 12 – Prejuízo à Administração Pública X Multa Sancionada
(Processo 0007956-41.2008.8.17.0001)**



Os gráficos 07, 08, 09, 10, 11 e 12 retratam o prejuízo estimado ocasionado à Administração Pública no tocante à pena de multa sancionada. Nos

cinco primeiros gráficos, observa-se como a pena de multa sancionada foi insignificante ante o prejuízo ao Erário Público; o que já não ocorreu no último gráfico, em que a pena de multa aproximou-se do prejuízo estimado à Administração Pública.

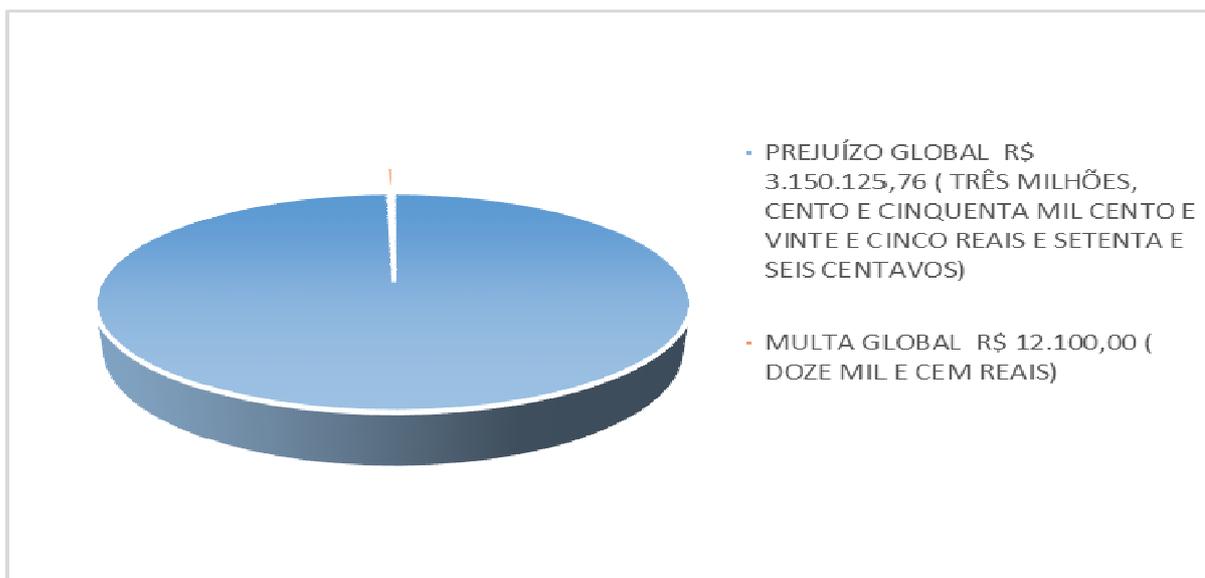
Na tabela abaixo, apresenta-se a relação entre o Prejuízo à Administração Pública e a multa sancionada, no tocante aos 06 (seis) processos que tiveram o prejuízo estimado, além de se expor, ao final da tabela, os totais globais:

Tabela 7 – Prejuízo à Administração Pública em relação à multa sancionada

N	Processo	Prejuízo à Administração Pública	Multa (R\$)
01	001.1998.036093-6	R\$ 2.600.000,00 (Dois milhões e seiscentos mil Reais)	R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos Reais)
02	001.2002.029344-6	R\$ 182.043, 24 (Cento e oitenta e dois mil, quarenta e três Reais e vinte e quatro centavos)	R\$ 2.000,00 (Dois mil Reais)
03	001.2003.056941-0	R\$ 100.000,00 (Cem mil Reais)	R\$ 400,00 (quatrocentos Reais)
04	001.2005.128727-8	R\$ 140.000,00 (Cento e quarenta mil Reais)	2.400,00 (dois mil e quatrocentos Reais)
05	001.2008.043982-0	R\$ 126.822,52 (Cento e vinte e seis mil, oitocentos e vinte e dois Reais e cinquenta e dois centavos)	R\$ 4.900,00 (Quatro mil e novecentos Reais)
06	0007956-41.2008.8.17.0001	R\$ 1.260,00 (mil duzentos e sessenta Reais)	R\$ 1.000,00 (mil Reais)
	TOTAL (R\$)	3.150.125,76 (três milhões, cento e cinquenta mil, cento e vinte e cinco Reais e setenta e seis centavos)	12.100,00 (doze mil e cem Reais)

No gráfico abaixo, apresenta-se graficamente a relação entre o prejuízo global ocasionado à Administração Pública e a multa global sancionada, no tocante aos 06 (seis) processos que tiveram o prejuízo estimado:

Gráfico 13 – Prejuízo Global X Multa Global



É bastante evidente a discrepância entre o prejuízo global ao Erário Público e o total global das multas aplicadas no que atine aos 06 (seis) processos que tiveram o prejuízo estimado.

Toda a análise demonstra que a pena de multa se afasta do objetivo declarado pelo sistema penal, qual seja, ter um caráter punitivo, não tendo, na prática, absolutamente nenhuma função. Em cinco das seis sentenças analisadas as penas de multa são irrisórias ante a magnitude do prejuízo ao Erário e só não é, no último caso, porque o prejuízo foi de pequena monta. Qual a função prática e real de uma multa de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), imposta ao condenado na sentença do processo nº 001.2003.056941-0, quando o Estado teve um prejuízo estimado de R\$ 100.000,00 (cem mil Reais)? Não há, em verdade, nenhuma função real.

No próximo item, são analisados o capital simbólico e as trocas simbólicas.

2.5 O capital simbólico e as trocas simbólicas

A palavra “símbolo”, da mesma forma que a palavra “dogma”, a qual, como já visto, é formada pela junção da raiz regra \sqrt{dok} com o sufixo derivacional de origem grega *ma*, também possui sua constituição a partir de uma raiz grega, qual seja: \sqrt{ball} . A raiz grega \sqrt{ball} possui a seguinte etimologia: “ \sqrt{ball} - “lançar, jogar ao longe”(bállein), raiz ide. *g^wel-, “brotar, nascer” (alemão Quelle)” ou seja, “símbolo < *sým.bol.on*, “(objeto dividido ao meio) que se põe junto (encaixando-se) convenção””. (VIARO, 2004, p. 238)

Quando um servidor público se vê como o Estado, como a presença do Estado, a encarnação e a personificação do Estado, percebe-se que há, em sua mente, uma representação simbólica de um grande vazio. Portanto, pensar-se como Estado, representa pensar-se presente, no lugar errado. O Estado está presente onde o servidor não pensa que esteja, não está onde o servidor pensa que está, pois todo pensamento é uma conjectura da ausência de um objeto.

O simbolismo que perpassa o modelo punitivo pode ser vislumbrado sob diversas perspectivas. Para os defensores do denominado direito penal simbólico o castigo deve ser interpretado como uma mensagem. “Como uma mensagem que indica que o fato representa o mal, e não apenas que cometê-lo acarreta uma experiência desagradável.” (ANITUA, 2008, p. 798)

Para Pierre Bourdieu, o simbolismo possui uma outra conotação, está diretamente relacionado as trocas simbólicas. Demonstra como, o rei adquiria capital simbólico na medida em que nomeava fidalgos, de modo que a concentração do capital jurídico está diretamente relacionada à concentração do capital simbólico:

A concentração do capital jurídico é um aspecto, ainda que central, de um processo mais amplo de concentração do capital simbólico sob suas diferentes formas, fundamento da autoridade específica do detentor do poder estatal, particularmente de seu poder, misterioso de nomear. Assim, por exemplo, o rei esforça-se para controlar o conjunto de circulação das *honrarias* a que os fidalgos podiam aspirar: empenha-se em tornar-se senhor das grandes benesses eclesiásticas, das ordens de cavalaria, da distribuição de cargos militares, de cargos na corte e, por último sobretudo, dos títulos de nobreza. (2013, p. 110)

É bastante relevante destacar, que tal prática, ainda é muito utilizada pelos agentes políticos do Estado, como mecanismo de obtenção de capital simbólico. Cargos comissionados são um exemplo de ineficiência do serviço público e são usados, rotineiramente, para a obtenção de capital simbólico.

O monopólio da nomeação pertencia ao rei, que distribuía os cargos, que se revestiam de honorabilidade, como recompensa:

O declínio do poder de distribuição autônoma dos senhores tende a assegurar ao rei o monopólio do enobrecimento e a transformação progressiva dos cargos, concebidos como recompensas, em postos de responsabilidade, que exigiam competência e a inscrição em um *cursus honorum*, evocativo de uma carreira burocrática, assegura a ele o monopólio da nomeação. (BOURDIEU, 2013, p. 112)

Percebe-se, assim, como a ideia de cargo público estava, na sua origem, visceralmente ligada à concentração do poder real. O cargo público funcionava como uma espécie de trampolim para o enobrecimento, como um passaporte para a ascensão social e, ainda, como garantia da inserção na carreira burocrática.

Por outro lado, a nomeação é o ato jurídico que oficializa a investidura do servidor público e caracteriza-se por ser exercida por pessoas autorizadas em situação de autoridade:

A nomeação ou o atestado pertencem à categoria dos atos ou discursos *oficiais*, simbolicamente eficientes porque realizados em situação de autoridade, por pessoas autorizadas, “oficiais”, agindo *ex officio* como detentores de um *officium(publicum)*, de uma função ou de um cargo atribuído pelo Estado: o veredito do juiz ou do professor, os procedimentos de registro oficial, averigações ou atas de sessão, atos destinados a produzir um efeito de direito, como os atos do estado civil, de nascimento, casamento ou falecimento, ou os atos de venda, tem a capacidade de *criar* (ou de instituir) pela magia da nomeação oficial(...) (BOURDIEU, 2013, p. 113)

Observa-se que, atualmente, a nomeação de um funcionário público pelo Estado, também apresenta as mesmas características de sua origem, garantindo rápida ascensão social, propiciando enobrecimento e, ainda, assegurando a inserção no campo burocrático.

Compreendida a ideia de nomeação, resta, ainda, articular tal entendimento com a concepção de sentença.

Ao exarar um veredito, o Estado promove a mágica da universalização:

Ao enunciar, com autoridade, que um ser, coisa ou pessoa, existe em verdade (veredito) em sua definição social legítima(...), o Estado exerce um verdadeiro poder *criador* quase divino (uma série de lutas, aparentemente dirigidas contra ele, reconhece, de fato, esse poder ao lhe pedir que autorize uma categoria de agentes determinados – as mulheres, os homossexuais – a ser oficialmente, isto é, pública e universalmente, o que ela é, até então, apenas para si mesma). (BOURDIEU, 2013, p. 114)

É relevante observar que a sentença é compreendida por Pierre Bourdieu como um ato de nomeação ou de instituição. (BOURDIEU, 2011b, p. 236)

Portanto, tanto o ato de ingresso no serviço público quanto a sentença seriam atos de nomeação.

Introduzir o conceito de *Habitus* é crucial para que se compreenda porque cada campo tem as suas particularidades:

O *habitus* preenche uma função que, em uma outra filosofia, confiamos a consciência transcendental: é um corpo socializado, um corpo estruturado, um corpo que incorporou as estruturas imanentes de um mundo ou de um setor particular desse mundo, de um campo, e que estrutura tanto a percepção desse mundo como a ação nesse mundo. (BOURDIEU, 2013, p. 144)

O *habitus* representa no ser humano, não somente a forma como enxerga o mundo, mas também o modo como age e se orienta: é tão somente a pessoa que se construiu no todo social, que se produziu a partir socialização, absorvendo todas as particularidades de um campo.

Entretanto, é apenas no livro “O Senso Prático”, que Pierre Bourdieu define, com maior precisão, o que considera *Habitus*:

Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem *habitus*, sistemas de *disposições* duráveis e transponíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem supor a intenção consciente de fins e o domínio exposto das operações necessárias para alcançá-los, objetivamente “reguladas” e “regulares” sem em nada ser o produto da obediência a algumas regras e, sendo tudo isso, coletivamente orquestradas sem ser o produto da ação organizadora de um maestro. (2011c, p. 87, grifo nosso)

Assim, *habitus* pode ser entendido como o resultado dos condicionamentos sociais, sem imaginar intenções conscientes, estando, portanto, associado à ideia do agir mecanicamente, sem elucubrações.

Para um melhor entendimento acerca do conceito de *Habitus*, cumpre observar o ponto de vista de Terry Eagleton, para o qual tal expressão está relacionada à ideia de espontaneidade do comportamento habitual:

(...) o que Bourdieu chama o “inconsciente cultural” – que podemos explicar como suas ações podem ser objetivamente regulamentadas e harmonizadas sem ser, em nenhum sentido, o resultado de obediência consciente às regras. Por meio dessas disposições estruturadas, as disposições humanas podem receber unidade e coerência sem nenhuma referência a uma intenção consciente. Na própria “espontaneidade” de nosso comportamento habitual, então, reproduzimos certas normas e valores profundamente tácitos, e o *habitus*, assim é o relé ou mecanismo de transmissão pelo qual as estruturas morais e sociais encarnam-se na atividade social diária. (1997, p. 141)

A ideia de *habitus* é imprescindível para que se possa compreender, com precisão, o conceito de trocas simbólicas, pois os condicionamentos sociais que interferem no agir das pessoas estão presentes fortemente no campo burocrático.

As trocas simbólicas estão inseridas no campo burocrático, o espaço próprio do serviço público:

Quando as representações oficiais daquilo que um homem é oficialmente em um espaço social dado tornam-se *habitus*, elas se tornam o fundamento real das práticas. Os universos sociais nos quais o desinteresse é a norma oficial, não são, sem dúvida, inteiramente regidos pelo desinteresse: por trás da aparência piedosa e virtuosa do desinteresse, há interesses sutis, camuflados, e o burocrata não é apenas o servidor do Estado, é também aquele que põe o Estado a seu serviço... (BOURDIEU, 2013, p. 152, grifo nosso)

Há, a partir dessa concepção, na relação entre o funcionário público e o Estado, uma reciprocidade de interesses dissimulados. O Estado necessita do servidor para personificar-se, ao passo que o servidor necessita do Estado para sublimar-se.

Ao tratar das trocas simbólicas, Pierre Bourdieu coloca-se contra o utilitarismo, o qual reduz a duas hipóteses centrais: a primeira, a de que as pessoas agem através de ações conscientes e, a segunda, a de que todas as coisas que

mobilizam as pessoas são encaradas num viés econômico. (BOURDIEU, 2013, p. 142)

A primeira hipótese, a da denominada teoria da ação, não consegue explicar satisfatoriamente as trocas simbólicas. “Não podemos dar conta de todas as condutas duplas, sem duplicidade, da economia das trocas simbólicas, a não ser abandonando a teoria da ação como produto de uma consciência intencional.” (BOURDIEU, 2013, p. 164)

O fator temporal é determinante na troca simbólica para dissimular coletivamente a troca. Pois, “através do intervalo de tempo interposto, os dois trocadores trabalham, sem sabê-lo e sem estarem combinados, para mascarar, ou recalcar, a verdade objetiva do que fazem.” (BOURDIEU, 2013, p. 160)

Desse modo as trocas simbólicas não são regidas pelo economissismo:

Assim, a troca de dádivas (ou de mulheres, de serviços etc.), concebida como paradigma da economia de bens simbólicos, opõe-se ao “toma lá, dá cá” da economia econômica, já que não tem como princípio um sujeito calculista, mas um agente socialmente predisposto a entrar, sem intenção ou cálculo, no jogo da troca. (BOURDIEU, 2013, p. 164)

A formação da troca simbólica mascara a objetividade, de modo que “o trabalho de construção simbólica que objetivamente leva a dissimular a verdade objetiva da prática” é relevante na compreensão das relações sociais. (BOURDIEU, 2013, p. 167)

O ato do Estado de oficializar um funcionário público representa, afora os fatores materiais abrangidos, uma troca simbólica de honra dissimulada coletivamente:

Com efeito, a troca de honra, como qualquer troca (de dons, de palavras) define-se como tal – em oposição à violência unilateral da agressão – isto é, como implicando a *possibilidade* de uma sequência, de um *retorno*, resposta, contradom, réplica, no fato de que encerra o *reconhecimento* do parceiro (...). (BOURDIEU, 2011c, p. 167)

Muitas vezes, ainda, o silêncio e a má-fé coletiva irão legitimar a troca simbólica, como no caso de alguém que resolve exigir o valor equivalente em dinheiro de uma refeição dada, tradicionalmente, de forma dissimulada, de modo gracioso. (BOURDIEU, 2011c, p.191)

Dessa maneira, observa-se a relevância do estudo do capital simbólico e do jogo das trocas simbólicas na presente pesquisa.

No próximo item, realiza-se uma análise dos fragmentos das sentenças.

2.6 Análise de fragmentos das sentenças

Nesse ponto, são examinadas qualitativamente fragmentos das 22 (vinte e duas) sentenças penais identificadas, prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Capital, concernentes ao delito de peculato, em Recife, no período de 2008 a 2010. O recorte dos fragmentos teve como critério de escolha a identificação da presença da ideologia da defesa social.

A ideologia da defesa social está assentada em seis princípios fundamentais: princípio de legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio de culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção, princípio de igualdade e, finalmente, o princípio do interesse social e do delito natural. (BARATTA, 2002, p. 42)

Tais princípios, consolidados a partir das ideias das escolas clássica e positiva, servirão como paradigma para a análise das sentenças

A partir de agora, apresenta-se a análise propriamente dita, em ordem cronológica, dos fragmentos extraídos das sentenças penais identificadas, prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Capital, concernentes ao delito de peculato, em Recife.

No excerto abaixo, extraído da sentença relativa ao processo n. 001.1998.036093-6, a ideologia da defesa social se faz presente, com a clara utilização do princípio do bem e do mal:

A personalidade da ré milita em seu desfavor. Ela demonstrou uma extrema apatia social. Afinal, como é sabido, algumas crianças carentes, por não possuírem o que comer em casa, vão para a escola exatamente para se alimentar. Desviar esses gêneros é prejudicar o sistema de ensino do Estado, com crianças sendo alimentadas aquém do suficiente para poderem ser educadas satisfatoriamente. (Grifo nosso)

A negativa avaliação da personalidade da ré se contrapõe a uma avaliação positiva do Estado provedor. A dicotomia entre o bem e o mal está escancarada no fragmento da sentença que antagoniza a maldade da ré que prejudica o sistema de ensino com a bondade do Estado que provê alimentos às crianças carentes. A ideologia da defesa social, especificamente o princípio do bem e do mal, está assentada na ideia de que o “delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social.” (BARATTA, 2002, p. 42)

O maniqueísmo estampado na sentença legitima o veredito como ato oficial do Estado.

O uso da expressão “como é sabido” indica ausência de coerência interna no discurso jurídico-penal e, conseqüentemente, falta de uma construção racional que deslegitima o exercício do poder. (ZAFFARONI, 2012, p.17)

O julgador tenta passar a ideia de uma obviedade que não existe. Afinal, com o que é sabido por quem? A quem estaria se dirigindo o juiz quando utilizou tal expressão?

Noutro trecho da mesma sentença, contrapõe-se o enriquecimento ilícito ao trabalho honesto, utilizando-se também do princípio do bem e do mal:

Os motivos do crime são o enriquecimento ilícito, às custas do erário público, em detrimento do trabalho honesto. (Grifo nosso)

Faz-se, no fragmento, uma avaliação positiva do trabalho honesto em oposição ao enriquecimento ilícito, havendo, dessa maneira, uma nítida dissociação entre aquelas pessoas que trabalham honestamente e aquelas que laboram ilicitamente. A seletividade é a marca da cultura punitiva, em que sempre há espaço para se desarmonizar. Na verdade, enfatiza-se a dicotomia, quase sempre presente, entre o bem e o mal.

Também cabe ressaltar, que a capitalização impôs à população do século XIX uma maciça ofensiva moral, com o objetivo de proteger o capital industrial, criando uma forte separação entre o povo, suposto portador da moral, e os delinquentes, considerados degenerados. (FOUCAULT, 2012a, p. 218)

Portanto, o trabalho honesto, avaliado positivamente na sentença, contraposto ao ilícito, representa não só a máxima expressão da ideologia da defesa social, estampada no princípio do bem e do mal, mas, sobretudo, a consagração da ideologia capitalista. Para a ideologia da defesa social, especificamente no tocante

ao princípio do bem e do mal o “desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.” (BARATTA, 2002, p. 42)

O capital simbólico do Estado, também se encontra presente em outro trecho da mesma sentença:

As consequências dos crimes são gravíssimas. Em primeiro lugar, os fatos descritos na denúncia foram à época noticiados na imprensa (cf. Depoimentos de fls. 969 e 1082), denegrindo a imagem do Estado frente à sociedade (...). (Grifo nosso)

Já no excerto abaixo, extraído da sentença relativa ao processo n. 001.2002.029344-6, a ideologia da defesa social se faz presente, com a clara manifestação do princípio do interesse social e do delito natural:

Tal atitude é, pois, execrável uma vez que ao furtar objetos da Administração Pública, em verdade, estar-se-ia furtando a própria sociedade, uma vez que a coisa pública se destina a consecução da finalidade pública. (Grifo nosso)

Esse trecho da sentença ressalta a concepção ínsita no princípio do interesse social e do delito natural de que os “interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos.” (BARATTA, 2002, p.42)

Portanto, a ideia de interesse comum utilizada na sentença pelo julgador é a máxima expressão do discurso oficial, estratégia utilizada amplamente pela ideologia da defesa social.

Noutro trecho da mesma sentença, argumenta-se que a conduta do réu teria se dissociado de uma suposta normalidade, utilizando-se, para tanto, de uma concepção arraigada no princípio da culpabilidade, um dos vetores da ideologia da defesa social:

O acusado, destarte, demonstrou uma personalidade voltada para o crime. Delinqüiu o mesmo em lesão à Administração Pública, violando o seu dever de fidelidade à Administração Pública, demonstrando de tal sorte, que sua conduta está divorciada dos ditos padrões normais. (Grifo nosso)

Nessa perspectiva, percebe-se que a argumentação do julgador se mostra extremamente carregada de cinismo. Como esperar fidelidade à Administração Pública e acreditar que tal padrão seja o normal enquanto se vive um eterno paradoxo: em uma sociedade repleta de adoração à infidelidade: o hedonismo e a frivolidade reinam na sociedade do consumo. Nos meios de

comunicação de massa a deslealdade é a tônica, a boa-fé, uma exceção reservada apenas para os tolos.

Ao concluir que a personalidade do acusado é voltada para o crime e que sua conduta se dissociou de padrões supostamente normais, o julgador exaltou, ainda, o princípio da culpabilidade, segundo o qual o crime é resultante de uma postura interior censurada pela coletividade. (BARATTA, 2002, p. 42)

Evocar padrões normais de conduta para justificar uma condenação é algo bastante questionável, sobretudo pela fluidez de tal expressão, que pode abarcar significados bastante abrangentes e variáveis.

O uso da expressão “ditos padrões normais” também indica ausência de coerência interna do discurso jurídico-penal, fracasso na construção de um discurso racional e, portanto, legitimador do exercício do poder do modelo penal. (ZAFFARONI, 2012, p. 17)

Afinal, padrões normais podem significar qualquer coisa, pois o que é normal em um local pode não ser em outro.

Em outro ponto da mesma sentença, a argumentação ressalta o capital simbólico que reveste o serviço público, como se o serviço público fosse diferente de qualquer outro tipo de serviço:

Apesar de primário e de não registrar antecedentes criminais, agiu o réu com claro e reprovável escopo de locupletar-se em detrimento à Administração, valendo-se de condições proporcionadas pela função laboral em almoxarifado da SEFAZ para furtar a *res pública*, fato incongruente com a necessária e exigida probidade no serviço público. (Grifo nosso)

Na verdade, deve-se esperar boa-fé não só no serviço público, mas em todos os setores da sociedade. O julgador atribui, simbolicamente, ao serviço público, a dádiva de ser portador da probidade suprema, o que, evidentemente, não condiz com a realidade.

No excerto abaixo, extraído da sentença relativa ao processo n. 001.2003.056941-6, observa-se o capital simbólico que perpassa o serviço público:

Aliás, neste ponto, a jurisprudência dos tribunais superiores deixa claro que o escopo da norma plasmada no art. 327, §2º, do CP não é outro senão o de acentuar o grau de reprovabilidade do ilícito cometido pelo funcionário público em quem a Administração depositou especial confiança, atribuindo maior poder de ingerência sobre determinados assuntos. (Grifo nosso)

O artigo art. 327, §2º, do CP, é um exemplo relevante de atribuição de capital simbólico a um funcionário público, na medida em que há, nesse preceptivo, uma ampliação da responsabilidade penal do funcionário público que ocupa cargo de confiança.

O parágrafo segundo, do artigo 327, do Código Penal, está alinhado com as tradicionais teorias da pena, sobretudo com a teoria da prevenção especial, na medida em que a exacerbação da pena é apresentada pelo Código Penal como remédio para o delinquente.

Tal interpretação é contrária aos princípios constitucionais, que estão alinhados em uma “*política punitiva de redução de danos.*” (CARVALHO, 2013, p. 260)

A política punitiva de redução de danos indicaria uma tendência da Constituição de 1988 em abraçar a teoria agnóstica da pena, ou seja, um teria que se contrapõe as tradicionais teorias da pena, retributivas e preventivas, e sobretudo a um ideal punitivista. (CARVALHO, 2013, p. 261)

Nesse sentido, legitima-se ainda a hierarquia no campo burocrático a partir da concessão de títulos, como por exemplo: das chefias nas repartições públicas, titularidades de varas no judiciário, ou seja, de modo que “*tais ciclos de consagração* têm como função realizar a operação fundamental da alquimia social, transformar relações arbitrárias em relações legítimas, distinções de fato em distinções oficialmente reconhecidas.” (BOURDIEU, 2011c, p. 210)

Assim, o fragmento demonstra que foi levada em consideração na decisão a hierarquia no campo burocrático.

A palavra “consagrar” está relacionada à ideia de se dedicar algo a uma divindade, segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**con.sa.grar** v.(mod.1) **1 trans. e pron.** dedicar a divindade **2 trans.** aclamar, eleger **3** legitimar, sancionar”. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 105)

Infere-se, com isso, que a sociedade contemporânea está muito mais próxima da Idade Média, da ideia de Estado como ente divino, do que muitas vezes se imagina. É esclarecedor acrescentar que há no imaginário dos servidores públicos a ideia de poder e de prestígio associada ao fato de ocuparem um lugar de destaque no campo burocrático, além de se acharem imunes às punições criadas

pelo Estado. É como se o fato dos funcionários públicos estarem próximos e dedicados a uma divindade também lhes atribuísse essa condição.

O uso da expressão “a jurisprudência dos tribunais superiores deixa claro” fere a coerência interna do discurso jurídico-penal, frustrando sua construção racional que legitimaria o exercício do poder punitivo. Tais expressões são usadas de forma contumaz e “implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal.” (ZAFFARONI, 2012, p. 17)

O título é uma forma de se abstrair o indivíduo da posição social ocupada, objetivando as relações sociais e tornando os sujeitos substituíveis:

A objetivação operada pelo título e, de modo mais geral, por todas as formas de “poderes” (credenciais), no sentido de “prova escrita de qualificação que outorga crédito ou autoridade”, é inseparável daquela que o direito garante ao definir *posições permanentes* independentes dos indivíduos biológicos que elas reivindicam e suscetíveis de ser ocupadas pelos agentes biologicamente diferentes, mas intercambiáveis do ponto de vista dos títulos que eles devem deter. (BOURDIEU, 2011c, p. 223)

O direito é responsável por legitimar simbolicamente o título ou o cargo ocupado pelo funcionário público. O direito irá, desse modo, “consagrar simbolicamente, por um *registro* que eterniza e universaliza, o estado da relação de forças entre os grupos e as classes produzidas e garantidas praticamente pelo funcionamento desses mecanismos.” (BOURDIEU, 2011c, p. 223)

A “especial confiança” mencionada na sentença é a mais pura expressão do capital simbólico que permeia o detentor de um cargo de confiança, por ser um título atribuído pelo Estado, ainda considerado como divindade.

No excerto abaixo, extraído da sentença relativa ao processo n. 001.2005.128727-8, é bastante nítido o capital simbólico atribuído ao funcionário público, tendo vista a utilização da expressão *status* de funcionário público, indicativa de um suposto prestígio social dos funcionários públicos:

Por fim, forçoso se faz reconhecer que (...) não poderão continuar desfrutando do status de funcionário público. (Grifo nosso)

Já no fragmento abaixo, extraído da sentença relativa ao processo n. 001.2006.022261-2, percebe-se que a concepção de cargo público está associada a um título, que lhe agrega capital simbólico:

Assim, ainda que não recebesse remuneração fixa, era titular de cargo público e recebia percentuais com base nos atos praticados no exercício da função (...).

A acusada não só detinha o cargo público, mas era titular desse cargo, ou seja, era detentora de toda a força simbólica que o cargo manejava.

Por outro lado, o processo de eufemização é fundamental para que o Estado operacionalize o processo de dominação:

Se a economia pré-capitalista é o lugar por excelência da violência simbólica é porque ali as relações de dominação não podem ser instauradas, mantidas ou restauradas a não ser por meio de estratégias que devem, sob pena de se aniquilar ao trair abertamente sua verdade, travestir-se, transfigurar-se, em uma única palavra, eufemizar-se (...) (BOURDIEU, 2011c, p. 211)

O processo de eufemização é fundamental para que se possa mascarar as relações de dominação típicas da sociedade pré-capitalista, como por exemplo na relação entre o servo e o senhor feudal.

O processo de eufemização utilizado no fragmento da sentença acima está relacionado à ideia de que ao denominar o réu de “titular de cargo público”, o julgador dá uma conotação de nobreza, de bondade, de pureza, que, efetivamente, o cargo público não ostenta, vez que é um cargo como outro qualquer.

Eugenio Raúl Zaffaroni sustenta que é pueril acreditar que o exato poder do sistema punitivo se realiza com a materialização de ações de persecução penal, pois esse poder se perfaz, efetivamente, com a inculcação da vigilância disciplinar:

Seria completamente ingênuo acreditar que o verdadeiro poder do sistema penal seja exercido, por exemplo, quando suas agências detêm, processam e condenam um homicídio. Esse poder, que se exerce muito eventualmente, de maneira altamente seletiva e rodeada de ampla publicidade através dos meios de comunicação social de massa, é ínfimo se comparado com o poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população. (2012, p. 24)

Assim, o fragmento analisado da sentença, apesar de representar o próprio exercício do poder punitivo do Estado, efetivamente contribui para a interiorização da vigilância disciplinar na medida em que expõe o poder simbólico do Estado presente na expressão “titular de cargo público”.

Ainda, na sentença relativa ao processo n. 001.2006.022261-2, percebe-se, no fragmento abaixo, mais uma vez o uso da expressão *status*, já utilizada em outra sentença, agregando capital simbólico à função pública, atribuindo-se ao servidor público um suposto destaque social:

Aliás, o que se observou foi que a ré usava o cartório como se fosse um escritório privado, utilizando seu *status* de servidora pública para fazer do ambiente de trabalho um verdadeiro balcão de negócios. (Grifo nosso)

Em outro fragmento da mesma sentença, o julgador ressalta a “quebra da confiança” e a “fé de ofício” da servidora pública:

As consequências do crime são de relativa gravidade, pois apesar de não ter sido expressivo o montante apropriado pela acusada e de ter a mesma devolvido a maior parte dos valores às vítimas, trata-se de um grave crime funcional em que o maior lesado é o Estado, pois há a quebra da confiança que a Administração Pública deposita em seus servidores, ainda mais no caso da ré, que ocupava cargo público em que tinha fé de ofício. (Grifo nosso)

A lesão ao Estado é tida como causada pela “quebra de confiança que a Administração Pública deposita em seus servidores.” Tal assertiva disfarça pontos relevantes para o entendimento da situação problemática, tais como: os baixos salários, a desmotivação, a falta de treinamento, a corrupção generalizada no serviço público, e atribui o desvio de conduta, simplesmente, ao rompimento da relação de confiança entre o funcionário público e o Estado.

É também uma forma de eufemizar o problema, na medida em que se diz algo sem levantar escândalos, algo que não poderia ser dito de outro modo.

A vulneração da confiança mencionada pelo julgador destaca a visão honorífica que perpassa o discurso oficial relativamente ao ocupante de um cargo público. A honorabilidade da função pública está escancarada na sentença.

Destaca-se, ainda, no fragmento a denominada doutrina da “tolerância zero”. Tal doutrina permitiu aos países que a adotaram construir um discurso que reafirmava a intenção do Estado em punir as incivildades, ao passo que, também,

isentava-o “de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à reponsabilidade *individual* os habitantes das zonas “incivilizadas”, a quem incumbiria doravante exercer por si mesmos um controle social próximo (...).” (WACQUANT, 2011, p. 38)

A doutrina da “tolerância zero” oculta, desse modo, os imensos problemas sociais e econômicos presentes no campo burocrático, fazendo crer que a criminalidade era fruto de escolhas erradas do próprio indivíduo.

Aloca-se a responsabilidade pelo desvio de conduta no próprio indivíduo, mascarando-se a responsabilidade do Estado e da sociedade.

Colocar a responsabilidade no servidor a partir de uma suposta “quebra da confiança que a Administração Pública deposita em seus servidores” é enxergar apenas que o outro “é alguém que deve ser apartado, contido, consumido, não olhado, calado.” (CARVALHO, 2013, p. 325)

O outro deveria ser compreendido e não apenas contido e abafado, como sói acontecer no atual modelo repressivo.

Também se faz necessária a análise das palavras “fé”, “confiança” e “fidelidade”. As palavras “fé”, “confiança” e “fidelidade” têm a mesma origem etimológica, tendo sido formadas a partir da raiz latina \sqrt{fid} . A raiz latina \sqrt{fid} possui a seguinte etimologia:

\sqrt{fid} - “fé, confiança”
 confiança < francês *confiance*, de *con.fid.e.nt. ĩa*, *confidência*<
con.fid.e.nt. ĩa, “ato de confiar”
 fé< *fid.em*, com síncope do *d*, gerando forma medieval *fee*, que
 craseou os –*ee*–
 fiel< *fid.e.l.em*
 fidelidade< *fid.e.l.ĭ.tas* (VIARO, 2004, p. 173)

Na sentença relativa ao processo n. 001.2008.043982-0, percebe-se, no fragmento abaixo, mais uma vez a presença da ideologia da defesa social, especificamente do princípio da culpabilidade:

Ademais, ele poderia ter agido de maneira diversa em várias oportunidades, optando sempre por delinquir. (Grifo nosso)

Tem relevo no fragmento a ideia presente no princípio da culpabilidade, da ideologia da defesa social, de que o “delito é expressão de uma atitude interior reprovável.” (BARATTA, 2002, p. 42)

Na mesma sentença, percebe-se, no fragmento abaixo, mais uma vez a presença da ideologia da defesa social, especificamente do princípio do interesse social e do delito natural:

(...) dinheiro esse que jamais foi devolvido aos cofres públicos, pelo que foi a coletividade que suportou esse prejuízo. (Grifo nosso)

O julgador manifesta, assim, mais uma vez, a concepção de que “o núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. ” (BARATTA, 2002, p.42)

Por fim, resta analisar o fragmento extraído da sentença relativa ao processo n. 0004911-29.2008.8.17.0001, em que se destaca a ideia fantasiosa de que o funcionário público é alguém acima de qualquer suspeita, como se desvios de conduta não fossem passíveis de acontecer as pessoas em qualquer sociedade e mesmo no campo burocrático:

É seu dever respeitar a ética e estar acima de qualquer suspeita, a fim de que seus gestos e ações, sobretudo no trato da coisa pública, irradiem credibilidade e sejam dignos de respeito e admiração da sociedade. (Grifo nosso)

As relações simbólicas de honra exigem das partes envolvidas total ausência de suspeição:

As condutas de honra têm como princípio um interesse para o qual o economismo não tem nome é que é preciso chamar simbólico mesmo que seja de natureza a determinar ações muito diretamente materiais; da mesma maneira que em outros lugares existem profissões, como a de tabelião ou a de médico, cujos titulares devem estar, como se diz, “acima de qualquer suspeita” (...) (BOURDIEU, 2011c, p. 201, grifo nosso)

Também cabe destacar, conforme verificado no primeiro capítulo, que a palavra “digno” está ligada à concepção de “honra”, segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**dig.no** *adj.* **1** merecedor **2** adequado **3** honrado”. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 142)

Nesse sentido, observa-se que o julgador desqualifica o réu antes de condená-lo, imputando-lhe uma conduta desonrosa perante toda a sociedade.

A sentença, nesses termos, toma a conotação de uma verdadeira maldição, pois o Estado dirige ao réu toda sua fúria vingativa.

De acordo com o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**mal.di.ção**[pl.:ões] *s.f.* **1** desejo mau lançado contra alguém **2** castigo divino”. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 284)

Na sentença, o Estado se coloca como ente divino, vulnerando por completo a autoestima do réu. Portanto, a condenação tem, simbolicamente e de forma sub-reptícia, a capacidade de destruir o próprio sentimento de cidadania do condenado.

Na mesma sentença, destacam-se também dois fragmentos em que se sobressai, no primeiro, a ideia de honorabilidade que perpassa o serviço público e, no segundo, a desconstrução dessa ideia, a partir da concepção de que a conduta do réu trouxe vergonha ao serviço público:

A despeito de tudo isso, a conduta do acusado (...) na questão posta em exame, é exatamente o oposto do que se poderia esperar daquele que exerce a nobre função de policial civil. (Grifo nosso)

Sua maneira de agir envergonha, sobremaneira, o funcionalismo público de uma forma geral, e a atividade policial em particular. (Grifo nosso)

O julgador procura, com sua argumentação, no primeiro trecho, enaltecer a função pública, para, então, no segundo, asseverar que a conduta do réu ocasionou desonra e humilhação ao serviço público. Portanto, no primeiro fragmento, há uma exaltação da função pública e, no segundo, uma desvirtuação da conduta do réu.

Percebe-se que “encarregados e agências de imposição tendem a formar uma visão pessimista da natureza humana.” (BECKER, 2008, p. 162)

A visão pessimista do julgador em relação ao acusado é, portanto, típica dos impositores de regras, pessoas que irão efetivamente exercer o poder punitivo em nome do Estado, como juízes, policiais, etc.

Em outro trecho da mesma sentença, ressalta-se o comprometimento da imagem da polícia de Pernambuco perante a opinião pública:

A ação, no entanto, acabou sendo filmada e exibida em horário nobre por rede de televisão, o que fez enodoar a imagem da polícia

de Pernambuco perante a opinião pública, razão pela qual podem ser tidas como graves as consequências do crime. (Grifo nosso)

Nada é mais simbólico para uma agência do Estado que a sua imagem perante a sociedade.

Por fim, o grande final, o ponto culminante da sentença condenatória, o ápice da retórica maniqueísta do campo burocrático:

Após o trânsito em julgado desta decisão, expeçam-se mandados de prisão, lancem-se os nomes dos réus (...) no rol dos culpados, preenchendo-se os seus Boletins Individuais e encaminhando-os ao Instituto Tavares Buril, expedindo-se também, após as capturas, Cartas de Guia para a 1ª Vara de Execuções Penais, bem como, ofício ao T.R.E., informando sobre a condenação dos mencionados réus, arquivando-se os autos em seguida. (Grifo nosso)

Lançar os nomes dos réus no rol dos culpados significa marcá-los com a pecha da desonra coletiva, registrando seus nomes numa espécie de lista negra da sociedade.

Isso implica separar os bons dos maus, chancelando a ideologia da defesa social, especificamente o princípio do bem e do mal. Para a ideologia da defesa social o “delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social.” (BARATTA, 2002, p. 42) (SIC)

A palavra rol significa, segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss: “**rol** s.m. 1 listagem 2 categoria, classe”. (HOUAISS, VILLAR, 2001, p. 388)

Desse modo, a oficialização do lançamento dos nomes dos condenados no rol dos culpados, ao mesmo tempo em que irá alimentar uma listagem, irá ainda nutrir a categoria ou classe de delinquentes, com todo o capital simbólico que tal ato representa e, como tal classe, precisa ser excluída.

Portanto, o campo burocrático, através da sentença condenatória e do registro em local próprio, tem o papel de prover, oficialmente, a certidão de nascimento do delinqüente, que se juntará aos demais já excluídos em circunstâncias semelhantes, tanto do setor público quanto do setor privado, mas sempre no rol dos culpados.

Michel Foucault parece estar certo quando afirmou que a “expição que causa estragos sobre o corpo deve suceder uma punição que atue

profundamente sobre o coração, a mente, a vontade, as disposições. ”² (2012b, p. 24, tradução nossa)

A humilhação imposta pela sentença condenatória exposta pelos dados empíricos é a expressão de que o sistema de justiça penal está muito afastado ainda de um ideal de proteção aos direitos humanos.

A alma do condenado é pisoteada na sentença. Paradoxalmente, muitas vezes, não chegará a cumprir nenhum tipo de pena restritiva de liberdade, nem um dia sequer de cadeia, pois, em algumas situações, a execução da pena consistirá apenas numa pena restritiva de direitos. Assim, percebe-se que a real finalidade da sentença é, efetivamente, por fim àquele jogo representado pela troca simbólica que se instaurou no momento em que o funcionário público foi nomeado.

Na sentença condenatória, o oficial se une ao sagrado, pois o castigo “assegura sua perenidade e a justiça cumpre os ritos sacrificiais para que a ordem seja simbolicamente reconstituída. Assim, o condenado é o bode expiatório que tranqüiliza as consciências e canaliza a violência. ” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, 138) (SIC)

As consequências negativas na vida do réu são múltiplas e inimagináveis, pois não haverá como escapar do simbolismo vingativo dos ritos oficiais e do estigma devastador de ser considerado oficialmente delinquente.

Com o fim do jogo, o réu levará para sempre a pecha de desleal e estará fadado a carregar essa verdadeira maldição para o resto da sua vida.

Segue-se, no capítulo seguinte, uma análise para além da dogmática penal, desconstruindo-se, sobretudo através da criminologia crítica, a ideologia da defesa social.

² A l'expiation qui fait rage sur le corps doit succéder un châtement qui agisse en profondeur sur le coeur, la pensée, la volonté, les dispositions.

CAPÍTULO 3 - PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL: EM DEFESA DE UM MODELO PUNITIVO HERÉTICO

3.1 A construção epistemológica da dogmática penal: a estruturação da ideologia da defesa social

Afinal, quais são os pressupostos, fundamentos e implicações da dogmática penal ante o modelo punitivo contemporâneo?

Tercio Sampaio Ferraz Jr. apresenta, de forma sintética, mas bastante didática, a evolução daquilo que denomina de ciência dogmática do direito, apontando sua origem na Idade Média:

(...) na Antiguidade Clássica, o Direito (*jus*) era um fenômeno de ordem sagrada, imanente à vida e à tradição romana, conhecido mediante um saber de natureza ética, a prudência. Desde a Idade Média, nota-se que, continuando a ter um caráter sagrado, o direito, no entanto, adquire uma dimensão sagrada transcendente com sua cristianização, o que possibilita o aparecimento de um saber prudencial já com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica. (2013, p. 47)

Viceja, portanto, na origem da dogmática jurídica, a relevância do ensino universitário, como instrumento de reprodução e ampliação dessa nova tendência, ou seja, como a mola propulsora do dever ser.

A relação intrínseca da dogmática jurídica com o campo universitário se faz sentir, fortemente, até os dias de hoje, tendo o pensamento dogmático supremacia esmagadora ante a zetética.

A dogmática jurídica, por ter influenciado intensamente todos os ramos do direito, é vital na construção dos dogmas até agora incrustados no direito penal.

Para Cezar Roberto Bitencourt tão relevante quanto o estudo da história do Direito Penal é perquirir a evolução epistemológica da dogmática jurídico-penal, definindo esta evolução como “o processo de sistematização do conjunto de

valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais (...). ” (2012, p. 93)

“O referencial mais significativo do valor da dogmática penal é a construção da Teoria Geral do Delito”, segundo Cezar Roberto Bitencourt. (2012, p. 94)

Cumpra tratar, ainda, neste ponto, para uma precisa compreensão da evolução epistemológica do direito penal e da gênese da dogmática, de duas das mais relevantes escolas penais: a escola clássica e a escola positivista.

Ainda, segundo Cezar Roberto Bitencourt, a expressão escola clássica não brotou da verificação da convergência de pensamentos de autores positivistas, mas foi cunhada pejorativamente por esses mesmos pensadores “que negaram o caráter científico das valorações jurídicas do delito. ” (2012, p. 96)

Segundo Alessandro Baratta, a escola clássica afasta-se de um rígido determinismo, pondo o foco no crime, e não mais no criminoso:

De fato, a escola liberal clássica não considerava o delincente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do Direito. (2002, p. 31)

O delito também era entendido pela escola clássica como vulneração ao pacto social.

Por outro lado, o livre-arbítrio do indivíduo se fortalece, superando-se a ideia de que o crime advinha de causas patológicas do delincente:

Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delincente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal. (BARATTA, 2002, p. 31)

Importante destacar que, para a escola clássica, o livre-arbítrio do indivíduo representa não apenas liberdade de escolha, mas sobretudo a ideia de ser responsável pelos resultados das próprias ações. A doutrina da “tolerância zero” se apropria intensamente desse conceito.

As escolas liberais clássicas ainda se apresentavam como uma reação ao sistema punitivo vigente no antigo regime:

Neste último aspecto, as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do *ancien régime*, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio de humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade). (BARATTA, 2002, p. 31)

Com o tratado *Dei delitti e delle pene* de Cesare Beccaria, de 1764, ocorreu a convergência da filosofia política do iluminismo, havendo, desse modo, “a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito”. (BARATTA, 2002, p. 33)

É através de Francesco Carrara que “nasce, já antecipada pelo magistério de Carmignani, seu predecessor na cátedra pisana, a moderna ciência do direito penal italiano”. (BARATTA, 2002, p. 36)

A defesa social passa a ser a tônica da função da pena a partir de Carrara:

A distinção entre consideração jurídica do delito e consideração ética do indivíduo torna-se, pois, a base da qual parte Carrara para proceder uma nova afirmação da tese de que a função da pena é, essencialmente, a defesa social. (BARATTA, 2002, p. 37)

Do mesmo modo, apesar de apresentar diferenças em relação à escola clássica, a escola positiva também irá defender a ideia da pena como defesa social, ou seja, “mesmo na profunda diversidade de pressupostos, e também de consequências práticas, vemos reafirmada, na história do pensamento penalístico italiano, a concepção da pena como meio de defesa social.” (BARATTA, 2002, p. 39)

A ideologia da defesa social, segundo Alessandro Baratta, é aquela compartilhada pelas escolas clássica e positiva. Os princípios fulcrais da ideologia da defesa social, portanto, são os fundamentos comuns à escola clássica e à escola positiva. (2002, p. 39)

Para Alessandro Baratta, é possível reconstruir a ideologia da defesa social a partir de seis princípios fundamentais: princípio de legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio de culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção,

princípio de igualdade e, finalmente, o princípio do interesse social e do delito natural. (2002, p. 42)

O princípio da legitimidade está associado à ideia de que o Estado detém a legitimidade para reprimir a criminalidade, através de instâncias oficiais de controle social. Já o princípio do bem e do mal está fulcrado na concepção de que o criminoso seria um componente negativo na sociedade, de modo que a prática delitiva seria o mal, enquanto a sociedade seria o bem. (BARATTA, 2002, p. 42)

O princípio do bem e do mal está fortemente presente na cultura punitivista, como é possível perceber a partir da observação da ideia bastante explorada pela imprensa de que há, na sociedade, cidadãos de bem e bandidos degenerados, como se fossem classes diametralmente opostas.

Jean-François Deluchey retrata esta falsa dicotomia reproduzida pela imprensa. “Certos jornalistas não hesitam a recomendar aos seus leitores que <<não confundam o cidadão, mesmo que humildes, com os bandidos>>.”³ (2003, p.182, tradução nossa)

Por outro lado, o princípio da culpabilidade está relacionado à ideia de que o delito seria “a expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador”. (BARATTA, 2002, p. 42)

O princípio da finalidade ou da prevenção está ligado à ideia de que a pena não possui apenas a função retributiva, mas preventiva além de que, concretamente, cumpre a função de ressocializar. (BARATTA, 2002, p. 42)

Já o princípio da igualdade implica na consideração de que a lei penal é idêntica para todos os cidadãos, de modo que a persecução penal seria semelhante para todos aqueles que a violassem. (BARATTA, 2002, p. 42)

Por fim, o princípio do interesse social e do delito natural abarca a ideia de que os bens juridicamente tutelados seriam comuns a todos os indivíduos da sociedade. Apenas uma pequena parcela dos crimes, os delitos artificiais, representaria uma ofensa a interesses políticos e econômicos. (BARATTA, 2002, p. 43)

³ Certains journalistes n’hésitent pas à recommander à leurs lecteurs de <<ne pas confondre le citoyen, aussi humble qu’il soit, avec les bandits>>.

A compreensão desses princípios acima mencionados implica ter a exata dimensão da ideologia que perpassa o campo jurídico contemporâneo, pois fruto da ideologia comum das escolas clássica e positiva.

Importante frisar que, por muito tempo, a criminologia trouxe sustentação à ideologia da defesa social, até que recentes movimentos criminológicos propiciaram uma ruptura a essa tendência.

3.2 A ruptura da criminologia: abjuração à legitimação do poder

Nesse ponto, busca-se verificar o ponto de inflexão da criminologia: o momento temporal de abjuração à legitimação do poder.

A criminologia apregoou, por um longo período histórico, como objetos de estudo: o delinquente, o delito e a delinquência, através de uma perspectiva eminentemente etiológica, ou seja, com ênfase nas explicações das causas. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 41)

Uma recente corrente criminológica denominada *labelling* ou rotulação promoveu uma mudança de paradigmas, passando a problematizar os conceitos legais, visualizando a gênese da delinquência de maneira inversa: através da reação social, algumas pessoas seriam selecionadas e nominadas de delinquentes, exibindo-se, assim, o conceito de criminalização. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 41)

Por outro lado, de modo paradoxal e aporético, apesar de ter impulsionado a reflexão e a crítica à criminologia tradicional, essa corrente contribuiu também para o aperfeiçoamento do controle punitivo formal, legitimando-o mais ainda. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 41)

Isso é uma demonstração inequívoca de que o sistema punitivo possui uma elevadíssima capacidade de se reinventar, adaptando-se as idiosincrasias sociais.

A criminologia esteve, por muito tempo, a serviço do poder. O discurso criminológico, ao longo da história, modificou-se juntamente com os modos de produção, para legitimar o controle social e o poder. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 43)

Lola Aniyar de Castro entende legitimação como “toda forma de convalidar, autorizando-o, principalmente através da promoção do consenso social, um determinado sistema de dominação”. (2005, p. 43)

O consenso social produzido pela criminologia, nesses termos, proporcionaria sustentabilidade à dominação e ao poder.

A legitimação do poder se inicia com a denominada escola clássica do direito penal. Tal legitimação do poder se engendrou “pelo formal e ritual cumprimento das estruturas jurídicas, habilmente elaboradas para garantir os interesses da classe que historicamente emergiu após o feudalismo, isto é, a burguesia.” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 44)

Já a denominada escola positiva, atendendo as especificidades epistemológicas do período histórico, aproxima as ciências da natureza, com ênfase na experimentação e quantificação, das ciências sociais. Nessa época, era imprescindível “o aval da fórmula matemática ou taxionómica, ou sua inclusão numa lei geral de fenômenos similares.” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 45)

A escola positiva acarreta uma grande mudança em relação à escola clássica, ao prover de cientificidade o modelo punitivo:

Se o direito é pura ideologia – logo, o direito penal e a criminologia administrativa e legal da repressão, própria da escola clássica, são pura ideologia – agora se enriquecerão com as contribuições da medicina e da antropologia biológica, da genética, da endocrinologia, da psiquiatria e da psicologia. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 45)

Hegel foi responsável pela criação de um modelo denominado de modelo do conflito, o qual se contrapõe ao do consenso. Já Marx, apontou a existência de um Estado fulcrado em classes. (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 81)

Para Lola Aniyar de Castro o modelo do conflito fundamenta a criminologia crítica:

O modelo do conflito dá sustentação à criminologia interacionista, que não é marxista, e a criminologia crítica ou radical, ou nova criminologia, como chamaram Taylor, Walton e Young, baseada em fundamentação marxista mais ou menos ortodoxa segundo os modelos. (2005, p. 81)

Ainda segundo a referida autora, é “nesse momento que a função legitimadora da criminologia começa a ser questionada.” (ANIYAR DE CASTRO, 2005, p. 81)

Portanto, a nova criminologia ou criminologia crítica representa o ponto de inflexão da criminologia: o momento temporal de abjuração à legitimação do poder, ou seja, o período questionador do seu papel de instrumento de legitimação do exercício do poder.

Apesar de ter sido apresentado o conceito proposto por Lola Aniyar de Castro para legitimação, no presente trabalho será utilizado o termo legitimação no sentido defendido por Eugenio Raúl Zaffaroni, segundo o qual legitimação seria uma decorrência da racionalidade do sistema punitivo, conceito que é detalhado no item subsequente, em que é apresentado o sistema penal hodierno.

3.3 O sistema penal hodierno

Imensas transformações forjaram os contornos atuais da justiça penal:

A Justiça penal passou por uma metamorfose sob nossos olhos. Em algum lugar entre o ritual herdado do século XIX e a gestão própria a uma sociedade obcecada pela administração, nascida de novas formas de julgar, de condenar, de punir.⁴ (DANET, 2010, p. 11, tradução nossa)

O atual sistema punitivo não possui uma identidade própria, pois sua formação é paradoxalmente estruturada pelos antigos rituais do século XIX e os meandros da sociedade pós-moderna. Dessa forma, o atual modelo, contraditoriamente, é uma coisa, e outra, ao mesmo tempo. Caracteriza-se por ser uma composição de elementos tão distintos que não se misturam, por ser essa imiscibilidade de partes tão díspares quanto a água e o óleo. Afinal, como compatibilizar grilhões utilizados para aprisionar escravos, com controle de detentos de baixa periculosidade? Como por exemplo, no caso daqueles dispositivos utilizados no controle eletrônico de presos, através de pulseiras ou tornozeleiras fixadas no corpo dos apenados.

⁴ La justice pénale se métamorphose sous nos yeux. Quelque part entre le rituel hérité du XIX^e siècle et le management propre à une société obsédée par la gestion, naissent de nouvelles façons de juger, de condamner, de punir.

“A Justiça penal passa por uma metamorfose, querendo-se dizer com isso, que ela se autodestrói e se reconstrói, que ela é, como a lagarta e a borboleta, a mesma e a outra”.⁵ (DANET, 2010, p. 11, tradução nossa)

A obsessão pela gestão da Justiça se materializa numa imensidão de relatórios e planilhas gigantescos, na imposição de metas por vezes inatingíveis, na rígida disciplina dos horários, nas audiências por videoconferência, no controle eletrônico dos presos. O modelo de administração das grandes corporações cada vez mais se impõe à justiça penal.

Para Jean Danet, o controle eletrônico dos presos está relacionado ao que Michel Foucault denominou de explorações sobre a economia de poder pós-disciplinar:

Esta nova penalidade pode num plano de uma reflexão mais geral e de ordem filosófica sobre a justiça estar ligada as explorações que Michel Foucault denomina de economia de poder pós-disciplinar, em torno de noções de gestão de populações e de governabilidade.⁶ (2010, p. 14, tradução nossa)

Apesar de se defender o uso de dispositivos eletrônicos fixados ao detento como uma das soluções mais rápidas para a superpopulação carcerária, o seu uso indiscriminado, como tem ocorrido, só legitima o próprio sistema além de estigmatizar fortemente o detento. É uma pseudo-solução que, na prática, gera mais problemas.

De outra banda, o Conselho Nacional de Justiça converteu-se, no Brasil, no apanágio para todos os males do Judiciário. Apesar dos inúmeros benefícios para a transparência e celeridade dos trabalhos do Poder Judiciário que o mencionado órgão de controle representou, está longe de solucionar todos os problemas crônicos que afligem a administração da Justiça brasileira.

Controles são importantes a menos que se tornem um obstáculo. Excesso de controle gera lentidão e ineficiência à administração da justiça, sua ausência, por outro lado, pode ocasionar perda de produtividade.

⁵ La justice pénale se métamorphose c'est-à – dire qu'elle s'autodétruit et se reconstruit, qu'elle est, telle la chenille et le papillon, la même et une autre.

⁶ Cette nouvelle pénalité peut au plan d'une réflexion très générale et d'ordre philosophique sur la justice être rattachée aux explorations que Michel Foucault mena sur l'économie de pouvoir post-disciplinaire, autour des notions de gestion des populations et de gouvernementalité.

No transcorrer dos últimos séculos, o sistema punitivo transformou-se: do suplício corporal ao cárcere moderno, as prisões tornaram-se o elemento central do modelo de justiça criminal hodierno.

Cumprе ressaltar que o cárcere não foi criado pelo modelo punitivo atual, mas foi incorporado ao sistema como seu elemento primordial para docilizar as pessoas que apresentem aspectos indesejáveis ao poder. “A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”. (FOUCAULT, 2010, p. 217)

A prisão atinge não apenas o direito à liberdade, mas muitos outros direitos inerentes ao ser humano, podendo-se concluir que, desse modo, muitos elementos do suplício corporal foram preservados até os dias de hoje:

Inevitavelmente, ele conservou múltiplos elementos de sofrimento corporal, que se manifestam na forma de vida e tratamento que só se diferenciam das antigas penas corporais por não serem concentrados no tempo, mas dilatadas por todo o período de duração da pena. (FERRAJOLI, 2002, p. 35)

Tudo isso levou a uma alteração do objeto da ação punitiva: do corpo para alma do condenado. “À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições”. (FOUCAULT, 2010, p. 21)

O julgamento de um crime no atual modelo punitivo é a exposição da própria personalidade, a punição o seu desmantelamento. “Punem-se as agressões, mas, por meio delas, as agressividades, as violações e, ao mesmo tempo, as perversões, os assassinatos que são também impulsos e desejos”. (FOUCAULT, 2010, p. 22)

Nesse sentido, julga-se algo bem distinto daquilo que está nos códigos, pois não são crimes que são julgados, mas o interior do ser humano que é atingido por intermédio de todo um aparato legal.

O sistema punitivo está inserido, invariavelmente, na complexa rede das relações de poder, havendo um amplo e irrestrito controle social “sobre os que são vigiados, treinados e corrigidos, sobre os loucos, as crianças, os escolares, os colonizados, sobre os que são fixados a um aparelho de produção e controlados durante toda a existência”. (FOUCAULT, 2010, p. 32)

Assim, a disciplina é a chave para a compreensão das relações de poder, sob a perspectiva crítica de Michel Foucault.

O atual modelo de justiça criminal subsiste através das relações de poder, e como tal, reafirma-se, sistematicamente, através do discurso. Na época do suplício corporal, o terror, traduzido no medo físico e no pavor coletivo era o exemplo. Hodiernamente, o fundamento do exemplo “é a lição, o discurso, o sinal decifrável, a encenação e a exposição da moralidade pública”. (FOUCAULT, 2010, p. 106)

Para Gilles Deleuze, as sociedades disciplinares, bastante estudadas por Michel Foucault, estão sendo substituídas, paulatinamente, pelas sociedades de controle:

Os confinamentos são *moldes*, distintas moldagens, mas os controles são uma *modulação*, como uma moldagem autodeformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas malhas mudassem de um ponto a outro. (2013, p. 225)

Nesse sentido, os controles são sistemáticos, ao passo que as disciplinas são pontuais.

Gilles Deleuze aponta, ainda, alguns mecanismos de controle relacionados ao regime das prisões como a procura por penas ditas substitutivas para a pequena delinquência e o uso de coleiras eletrônicas. (2013, p. 229)

Tais mecanismos de controle apontam a passagem de um sistema penal disciplinar, baseado sobretudo no cárcere, para um sistema penal eminentemente de controle.

Por outro lado, Louk Hulsman considera a justiça criminal um sistema que usa o discurso da punição, linguagem comum ao público em geral, para legitimar o modelo e ao mesmo tempo mascarar os processos que efetivamente ocorrem:

Na prática, chamar tais atividades de *punição* significa criar uma legitimação infundada; em consequência, não considero a justiça criminal como um sistema destinado a dispensar punições, mas sim um sistema que usa a linguagem da punição de modo a esconder os reais processos em curso e produzir consenso através de sua errônea apresentação, assimilando-os aos processos conhecidos e aceitos pelo público. (2004, p. 36)

O atual modelo punitivo legitima-se pelo discurso e realiza-se pela força brutal, passando a retórica a ocupar uma posição de destaque, de modo que a persuasão se faz pelo uso da linguagem, através da reafirmação da Lei.

Uma simples observação do desenvolvimento histórico do sistema de justiça criminal revela a volatilidade como uma de suas mais notáveis características. Nesse sentido, a instabilidade apresenta-se como a tônica do modelo. A falsa e paradoxal imagem de perenidade impregnada no imaginário da população que o padrão punitivo ostenta, não encontra sustentação na mais singela análise evolutiva.

A legitimidade do sistema punitivo é completamente utópica, de modo que a legitimidade é a característica que lhe conferiria racionalidade, conceituada esta última sinteticamente por Eugenio Raúl Zaffaroni como: a coerência interna do discurso jurídico-penal e seu valor de verdade quanto à nova operatividade social. (2012, p. 16)

Para Eugenio Raúl Zaffaroni a coerência interna do sistema está baseada não só na “não-contradição ou complexidade lógica”, mas também numa fundamentação de ordem antropológica, pois o direito deve servir ao homem e não o inverso. (2012, p. 16)

A utilização de argumentos do tipo “assim diz a lei” ou “a faz porque o legislador quer”, indicam a expressão da ausência de um discurso racional e, portanto, capaz de legitimar o sistema penal. (ZAFFARNONI, 2012, p. 16)

O uso excessivo de argumentos de autoridade nas decisões judiciais, como os acima exemplificados, põe em xeque a credibilidade e a harmonia lógica do discurso que dá sustentação às condenações.

Observou-se, na análise dos fragmentos das sentenças, o uso contumaz de expressões tais como: “ditos padrões normais”, “como é sabido”, “a jurisprudência dos tribunais superiores deixa claro” confirmam a ausência de complexidade lógica do discurso jurídico-penal, vulnerando a tentativa do magistrado de construir um discurso racional e, portanto, legitimador do exercício do poder punitivo.

Por outro lado, a racionalidade não se esgota na sua coerência interna, mas vai além, exigindo-se valor de verdade quanto à sua nova operatividade social, num plano abstrato, ou seja, a criminalização deve acontecer em função da

experiência social, e concreto, de modo que as agências estatais encarregadas de operacionalizar a punição atuem sobre a realidade com consonância com as “pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal”. (ZAFFARONI, 2012, p. 18)

O modelo punitivo contemporâneo não tem se mostrado verdadeiro nem no plano abstrato, nem no concreto. No plano abstrato por exemplo, tem-se justificado a redução da idade para a responsabilização penal a partir de falsas crenças e meias verdades. Já no plano concreto, a operatividade das agências estatais não condiz com o discurso jurídico-penal, sobretudo quando atuam de modo seletivo, criminalizando grupos específicos da sociedade.

Assim, o sistema punitivo repete sempre os mesmos erros e não se autoavalia, porque o modelo tem outra função, diversa daquela projetada.

Se o sistema punitivo fosse verdadeiramente racional, não haveria ilegitimidade:

A construção teórica ou discursiva que pretende explicar essa planificação é o discurso jurídico-penal (que também pode chamar-se “saber penal” e outros designam mais formalmente como “ciência – penal” ou “o direito penal”). Se esse discurso jurídico – penal fosse racional e o sistema penal operasse conforme o mesmo, o sistema penal seria *legítimo*.⁷ (ZAFFARONI, 1998, p. 20, tradução nossa)

Há, simplesmente, contradições abissais entre aquilo que propõe e aquilo que efetivamente cumpre, como, por exemplo, a ilusória ressocialização.

A programação irracional das pessoas é formada pelo sistema de ensino, tendo a escola um papel determinante nesse desiderato, ao construir ideais punitivistas e desarticulados da realidade social.

Desse modo, somos rigorosamente disciplinados, exercendo a escola um papel fundamental no enquadramento das crianças à realidade social. Portanto, o sistema de justiça criminal atua concomitantemente à escola, e a muitos outros mecanismos de disciplina sociais, adestrando e punindo comportamentos desviantes. Existe uma estreita relação entre os diversos mecanismos de controle sociais hodiernamente, de modo que, invariavelmente, “a complementariedade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de

⁷ La construcción teórica o discursiva que pretende explicar esa planificación es el discurso jurídico-penal(que también puede llamarse “saber penal” y otros designan más formalmente como “ciencia penal” o “derecho penal”). Si ese discurso jurídico-penal fuese racional y el sistema penal operase conforme al mismo, el sistema penal sería *legítimo*.

reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social”. (BARATTA, 2002, p. 171)

A meritocracia, ou seja, a atribuição de notas aos alunos, é o exemplo marcante de que a escola pune os alunos que se desviam do comportamento desejado pela sociedade. Portanto, desse modo, a função simbólica da punição “produz a transferência do mal e da culpa sobre uma minoria estigmatizada, e age como fator de integração da maioria, recompensando os não-estigmatizados e convalidando os seus modelos de comportamentos”. (BARATTA, 2002, p. 175)

Isso nada mais é que a exclusão do inútil, marca de um utilitarismo radical, centrado na ideia de que só serve à sociedade aquele que tiver alguma utilidade para o mercado.

Examinado o atual modelo de justiça penal, segue-se, no próximo tópico, à análise da crise corrosiva que, paulatinamente, vem desfazendo os alicerces do sistema punitivo, que se esvazia de sustentação.

3.4 A crise e a deslegitimação do sistema penal

A crise e a deslegitimação do atual modelo de justiça penal podem ser encarados, num primeiro momento, a partir da falta de coerência lógica entre o crime e a pena, ou seja, do embuste de se atribuir à pena a possibilidade de ser a solução para o crime.

O crime é algo normal numa sociedade ou representa uma patologia social?

Émile Durkheim assevera que a criminalidade não pode ser encarada como uma patologia social. “O crime não ocorre somente na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos”. (2012, p. 82)

Nesse sentido, não sendo o crime uma patologia, é imperioso se reavaliar as reais funções da pena, já que não há necessidade de remédio se não existe doença:

Se, de fato, o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outra forma; também todas as discussões que ela provoca giram em torno da questão de saber qual deve ser a pena para que ela tenha para que ela tenha a função de remédio. Mas se o crime não tem nada de mórbido, a pena não pode ter por objeto a cura e sua verdadeira função deve ser buscada em outro lugar. (DURKHEIM, 2012, p. 88)

Assim, a verdadeira função da pena, ou seja, a função real, não consiste na cura do crime, que para Emile Durkheim é algo absolutamente não patológico, mas muito pelo contrário, importante para o aprimoramento da sociedade, devendo ser encontrada tal função em outro local.

A lógica irracional do discurso do modelo penal é mandar alguém que tenha praticado um desvio de conduta para o cárcere para se tratar.

O atual modelo punitivo vem se expandindo ao mesmo tempo em que se desnudam as suas mazelas e apresentam-se as suas falhas.

Mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, que representou grandes avanços em diversas áreas, não houve mudanças significativas no sistema penal brasileiro. Nesse sentido, cabe frisar que “desde a promulgação da Constituição, não há indicativos de que tenhamos avançado no sentido da superação da crise por que passa o Direito Penal e, conseqüentemente, a teoria do bem jurídico.” (STRECK, 2006, p. 19)

De acordo com Salo de Carvalho o estudo do Direito Penal, nas faculdades de Direito, no que tange à teoria da pena, tem privilegiado os dispositivos do Código Penal em detrimento de um viés Constitucional. Os preceptivos do Código Penal atinentes às conseqüências jurídicas do crime, reportados tanto nas faculdades, quanto na doutrina, “são estruturados a partir da enunciação dos fundamentos do *ius puniendi*, procurando estabelecer a opção normativa estatal ao interrogante *por que punir?*” (2013, p. 61)

Diversamente da reforma penal de 1984, no tocante ao Código Penal e a Lei de Execução Penal, a Constituição da República “não projeta nenhuma finalidade à pena, somente enuncia sanções em espécie, vedando expressamente qualquer tipo de penas desumanas ou cruéis.” (CARVALHO, 2013, p. 61)

Nesse sentido, o Código Penal deveria ser interpretado à luz da Constituição e não o inverso, pois, a partir de 1988, estabeleceu-se uma nova ordem constitucional que precisa ser respeitada, servindo, a Carta da República de 1988, como paradigma hermenêutico para todo o ordenamento jurídico.

Percebe-se o “não reconhecimento constitucional das tradicionais respostas ao *ius puniendi* (teorias retributivas e preventivas, em especial o modelo ideal da prevenção especial positiva (...)).” (CARVALHO, 2013, p. 61)

Nessa perspectiva, o texto constitucional não estaria perfilhado às teorias tradicionais retributivas e preventivas, de modo que se deve buscar outra sustentação para a pena diversa da retribuição e da prevenção.

Salo de Carvalho sustenta, ainda, que a Constituição de 1988 “assumiu teoria agnóstica da pena, direcionada à redução dos danos produzidos pelo *potestas puniendi*. (2013, p. 61)

Assim, a Carta da República não teria adotado as teorias tradicionais da pena, retributivas e preventivas, mas, sim, a teoria agnóstica da pena. Parece ser uma interpretação mais consentânea com o espírito que a Constituição de 1988 inaugurou, privilegiando direitos e garantias individuais.

Outra questão importante, que mostra a incoerência dos programas curriculares das faculdades de Direito, é o apego exagerado à parte especial do Código Penal, em prejuízo de um currículo voltado para leis especiais, que têm sido a tônica desde o final do século passado. Os “currículos ainda preveem disciplinas semestrais ou anuais exclusivas sobre a parte especial do Código Penal, ignorando totalmente a nova realidade jurídica.” (CARVALHO, 2013, p. 63)

A chegada da Lei de Execução Penal de 1984 “inspirada no programa político-criminal do movimento da nova defesa social, tematiza o projeto punitivo moldando-o a partir da noção de *ressocialização* (prevenção especial positiva).” (CARVALHO, 2013, p. 259)

Os princípios relativos à sanção penal na Constituição de 1988 são diferentes daqueles associados à reforma penal de 1988: “ausência de qualquer discurso legitimador da pena” e a “a perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas.” (CARVALHO, 2013, p. 259/260)

O resultado da ausência de um discurso legitimador da pena e a imposição de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução é a “projeção de *política punitiva de redução de danos*.” (CARVALHO, 2013, p. 260)

Por outro lado, para Eugenio Raúl Zaffaroni, os problemas no modelo punitivo não são conjunturais, mas estruturais:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.* (2012, p. 15)

Portanto, para Eugenio Raúl Zaffaroni, as máculas do modelo repressivo estão centradas nos fundamentos, na base, nas próprias engrenagens do sistema, e não em aspectos circunstanciais.

Crise, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, representa “o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região”. (2012, p. 16)

Nesse sentido, a retórica do modelo punitivo que serve para dissimular e falsear a operatividade do sistema se encontra exposta.

As instituições, inexoravelmente, modificam-se ao longo da história. No mesmo sentido, “nenhum método punitivo, nenhum sistema penal, veio para ficar e ficou.” (ANDRADE, 2006, p. 462)

Desse modo, é imperioso se repensar, criteriosamente, os atuais mecanismos de punição adotados pelo Estado, avaliando-se as suas idiossincrasias.

O século XX demonstrou a ineficiência e ineficácia do modelo de punição adotado pelos Estados. Nunca na história da humanidade os direitos humanos foram tão desrespeitados como no último século.

Jean-François Deluchey sustenta, ao analisar a segurança pública na constituinte de 1988, que “os argumentos a favor dos direitos humanos são objetos de muita desconfiança, desprezo ou ódio (...).” (2011, p.98)

É intrigante e, ao mesmo tempo paradoxal, perceber que tão relevante instrumento de proteção aos mais fracos, como são os direitos humanos, seja encarado com tanto descrédito e ódio, de um modo geral, pela sociedade.

Os direitos humanos apresentam, inegavelmente, natureza paradoxal e aporética, tendo em vista a grande incerteza no tocante à concretização. Apesar de exaltados nas constituições, não são capazes de garantir na prática a efetividade que deveriam obter, nesse sentido:

O hiato entre o triunfo da ideologia dos direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo pós-moderno, a combinação de iluminismo com resignação e apatia e,

com uma forte sensação de impasse político e claustrofobia existencial, de uma falta de saída no seio da mais maleável sociedade. (DOUZINAS, 2009, p. 30)

Os direitos humanos têm sido sistematicamente atingidos não só pelos próprios Estados que compõem a comunidade internacional contra suas populações, mas, sobretudo, por grupos de Estados contra populações de países em conflitos. O direito penal, até o momento, não tem conseguido apresentar soluções viáveis para solucionar conflitos transnacionais, tendo em vista que as convenções internacionais de direitos humanos têm tido um papel nitidamente simbólico. De modo que “persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal – individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual”. (STRECK, 2006, p. 19)

A negociação, que deveria ser tentada exaustivamente, em casos de conflitos entre Estados, tem sido relegada a um segundo plano, sobrelevando-se os interesses dos mercados e as ingerências do capitalismo. “A história ensina que os conflitos que não terminaram em genocídios se solucionaram pela *negociação*, que pertence ao campo da política”. (ZAFFARONI, 2007, p. 17)

A pós-modernidade tem se forjado, sobretudo através da dissociação entre a racionalidade e as pessoas. A razão é inábil para mobilizar respostas aceitáveis para os sujeitos, negando-se, assim, a existência de verdades incondicionais.

Nesse sentido, tem-se suscitado uma notável inconstância e desequilíbrio sociais. “Eros, consumo, empresas e nações ficam à deriva desde então livremente, como icebergs que se separam, entram em colisão, mas também, às vezes, unindo-se provisoriamente um ao outro.” (TOURAINÉ, 2009, p. 188)

A pujança dos mercados tem ditado as regras da sociedade contemporânea:

A ideia de sociedade é substituída pela de mercado e esta mutação adquire uma aparência dramática com a derrocada do sistema comunista, pois a conclusão dos principais responsáveis dos países em questão é que seu sistema não é reformável, que é preciso, portanto, lançar-se, mesmo nas piores condições, nas corredeiras de um rio desconhecido, e tentar a todo custo instaurar neles a economia de mercado. (TOURAINÉ, 2009, p. 191)

Michel Foucault aponta a constituição do mercado como um lugar de construção de verdade. Assim, o mercado “constitui nesse sentido um lugar de verificação, quero dizer, um lugar de verificabilidade/ falsificabilidade para a prática governamental”. (2008, p. 45)

É do papel de verificação do mercado que vai “comandar, ditar, prescrever os mecanismos jurisdicionais ou a ausência de mecanismos jurisdicionais sobre os quais deverá se articular.” (FOUCAULT, 2008, p. 45)

É o mercado, portanto, que toma as rédeas da jurisdição e passa a ditar as regras do jogo governamental.

Michel Foucault aponta, ainda, que o ponto nevrálgico da penalidade moderna é o tema da verdade, sobretudo a partir do instante em que se substituiu a questão: o que você fez, pela questão: quem é você. (2008, p. 48)

O problema da verdade em matéria penal está diretamente ligado à dicotomia entre o direito penal do fato e o direito penal do autor, havendo ampla prevalência desse último em relação ao primeiro na atualidade. Muitas vezes, o fato penal é secundário ante as características individuais do autor do fato.

A análise do papel dos mercados na atual conjuntura mundial impõe o estudo da trajetória da Europa e, sobretudo, dos Estados Unidos.

Cumprir assinalar, que a Europa, cada vez mais, tende a se tornar um aglomerado de países análogos a mercados cercados por guetos, a exemplo do que já ocorre nos Estados Unidos:

Sociedades divididas de que os Estados Unidos dão há muito tempo o modelo fascinante e inquietante e do qual se aproximam com muita rapidez os países europeus, apesar de suas declarações solenes sobre a integração republicana, a seguridade social exemplar e a luta necessária contra as desigualdades. (TOURAINÉ, 2009, p.193)

Assim, o discurso da integração republicana dos Estados Unidos sucumbe ante as gigantescas divisões sociais.

Loïc Wacquant fala do estabelecimento de um novo regime no plano internacional baseado na utopia neoliberal representada pelos Estados Unidos do final do século XX. (2011, p. 28)

É a partir de ideias defendidas pelo *Manhattan Institute*, como a doutrina da “tolerância zero”, que Rudolph Giuliani tematiza sua exitosa campanha política à prefeitura de Nova York de 1993. A denominada doutrina da “tolerância

zero” notabilizou mundialmente a política policial e judiciária de Nova York por dar total autonomia às forças repressivas do Estado “para perseguir agressivamente a pequena delinquência e reprimir os mendigos e os sem-teto nos bairros deserdados”. (WACQUANT, 2011, p. 33)

Também é atribuída ao *Manhattan Institute* a popularização da teoria “da vidraça quebrada”, segundo a qual é através do combate paulatino aos pequenos distúrbios sociais cotidianos que se reduzem as mais significativas patologias criminais. (WACQUANT, 2011, p. 33)

Para a teoria “da vidraça quebrada”, a forte repressão a condutas de baixíssima ofensividade social, como por exemplo sujar a rua, jogar lixo em local inapropriado, implicaria na diminuição dos crimes de alta ofensividade.

Dita doutrina da “tolerância zero” difundiu-se internacionalmente. Assim, tal doutrina permitiu aos países que a adotaram construir um discurso que reafirmava a intenção do Estado em punir as incivildades, ao passo que, também, isentava-o “de suas responsabilidades na gênese *social e econômica* da insegurança para chamar à reponsabilidade *individual* os habitantes das zonas “incivilizadas”, a quem incumbiria doravante exercer por si mesmos um controle social próximo (...)”. (WACQUANT, 2011, p. 38)

A doutrina da “tolerância zero” ocultava, desse modo, os imensos problemas sociais e econômicos, fazendo crer que a criminalidade era fruto de escolhas erradas do próprio indivíduo.

No plano internacional, os Estados Unidos, muito mais que ordenado, têm desordenado a ordem global e as relações entre os Estados, ao defenderem a autonomia e a cooperação dos povos e, ao mesmo tempo, promoverem ações armamentistas.

Agindo como se polícia internacional fossem, tornam-se diretamente culpados pela confusão generalizada na segurança mundial, pois geram muito mais violência, ao adotarem posições hostis e inflexíveis no cenário mundial, do que obtêm soluções pacíficas.

Apesar de todo o contrassenso do seu discurso, ante as suas ações beligerantes nas relações internacionais, os Estados Unidos são cada vez mais influentes globalmente.

A despeito das ofensas aos direitos humanos serem duramente repudiadas pelo discurso dos Estados Unidos, na prática, adotam atos contrários a sua defesa.

Por outro lado, a preeminência dos Estados Unidos é clara mesmo diante da opulenta Europa. Nesse sentido, “o fato da Europa ser muito mais poderosa economicamente que as outras partes do mundo que pertencem ao que podemos denominar de *imperium americano* não muda em nada a sua situação de subordinação”. (TOURAINÉ, 2007, p. 74)

Certamente, a política internacional dos Estados Unidos apresenta-se como reflexo da sua equivocada política interna.

Os Estados Unidos são um exemplo de uma sociedade paradoxal que apesar de “muito avançada econômica e cientificamente, é bastante atrasada social e politicamente”. (BOURDIEU, 2001, p. 30)

É bastante intrigante imaginar como “as produções de massa da cultura industrial são de certa forma *plebiscitadas* pelo grande público, e em particular pelos jovens de todos os países do mundo”. (BOURDIEU, 2001, p. 85)

Mais ainda, é absolutamente surpreendente pensar como os jovens do mundo inteiro são, diuturnamente, mobilizados pela cultura dos Estados Unidos e, sobretudo, como práticas que eram adstritas às prisões desse país, como roupas usadas por presos e tatuagens, passaram a ser considerados modelos de prestígio e reconhecimento social:

(...) ao mesmo tempo porque são mais acessíveis (o consumo desses produtos supõe menos capital cultural) e porque são objeto de uma espécie de *esnobismo paradoxal*: é com efeito a primeira vez na história que os produtos mais *cheap* de uma cultura popular - de uma sociedade econômica e politicamente dominante - são impostos como *chics*; os adolescentes de todos os países que vestem *baggy pants*, calças cujo fundilho bate no meio das pernas, provavelmente desconhecem que a moda que julgam ultra chique e ultramoderna nasceu nas prisões dos Estados Unidos, assim como certo gosto por tatuagens! (BOURDIEU, 2001, p. 86)

Nessa perspectiva, e retomando a questão da vulneração aos direitos humanos, observa-se que apesar de não serem respeitados na prática, a sua força simbólica é inegável, sendo de grande relevância contra a opressão do Estado.

A dogmática penal não foi criada para se combater delitos de poder. “Pequenos controles esses, os penais, que só servem para punir os pequenos.” (ANIYAR DE CASTRO, 2007, p. 190)

É premente ressignificar o modelo punitivo hodierno de modo a se atender as mínimas exigências dos direitos fundamentais.

Cumpre salientar, que embora este modelo esteja se deslegitimando, ou seja, enfraquecendo-se, pela sua flagrante irracionalidade, pois o discurso não consegue mais convencer, mas, pelo contrário, demonstra todas as suas incongruências, há forte tendência do sistema de se utilizar de outras práticas discursivas, muito mais persuasivas, como os meios de comunicação de massa:

Entender a deslegitimação é entender que o sistema penal está nu, que todas as máscaras caíram e que ele agora exerce, abertamente, sua função real, mas é entender também, que, pela via da nudez, uma nova e mais perigosa relegitimação está em curso, e que se apropria de outras práticas discursivas da sociedade tecnológica, em detrimento do discurso científico que operava sua legitimação histórica, a saber: o espetáculo midiático e dramático, o medo do inimigo, criminalidade que ele constrói em escala massiva. (ANDRADE, 2006, p. 470).

O avanço tecnológico, sobretudo dos meios de comunicação “permite que se espalhe pelo planeta um discurso único, de características autoritárias, antiliberais, que estimula o exercício do poder punitivo muito mais repressivo e discriminatório, agora em escala mundial”. (ZAFFARONI, 2007, p. 53)

O cárcere, elevado à pena por excelência no atual modelo de justiça criminal, é um grande exemplo de ineficiência e ineficácia. O modelo carcerário atualmente utilizado nas sociedades capitalistas tem ocasionado mais problemas que soluções. De uma maneira geral, “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e a reinserção do condenado, e favoráveis a sua estável inserção na população criminosa.” (BARATTA, 2002, p. 183)

No mesmo sentido, o cárcere pode ser visto como uma solução cruel do capitalismo para a falta de empregos:

Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho “ao qual se reintegrar”. (BAUMAN, 1999, p. 119)

Cumpra observar, que apesar das constituições modernas dos Estados capitalistas proclamarem a defesa dos direitos humanos, têm-se observado exatamente o inverso, a ampla vulneração dos direitos e garantias individuais. O atual modelo punitivo tem privado sistematicamente seres humanos da condição de pessoas, tratando-os em várias situações como inimigos:

Nossa tese é que o *inimigo da sociedade* ou *estranho*, quer dizer, o ser humano considerado como *ente perigoso ou daninho* e não como *pessoa com autonomia ética*, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 12)

O racionalismo, que tem grande influência no Direito, pretendeu adequá-lo a exatidão das ciências da natureza:

A irracionalidade do excesso racionalista das pretensões iluministas revela-se claramente na crença em fundamentos últimos que podiam ser vistos como definitivos e imutáveis, quando sabemos hoje que permanente é o que é capaz de ter o seu significado renovado conjuntamente com a constante transformação da sociedade moderna. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 41)

Cabe ressaltar, que o positivismo jurídico exerce até hoje uma influência marcante no ensino do Direito nas faculdades, tendo em vista a prevalência do estudo da dogmática em todos os níveis da graduação. A ausência de raciocínio crítico, decorrente da sistematização matemática do Direito, acarreta o nivelamento medíocre do saber, favorecendo o controle social e reafirmação do discurso legitimante do atual sistema penal:

Ainda é de se registrar que a prevalência do positivismo jurídico instrumentalizador do paradigma do Estado Social se verifica não só como marco teórico explícito, mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar difusa e eficazmente não apenas a prática dos vários operadores jurídicos, mas a própria reprodução desta prática ao determinar decisivamente o caldo de cultura em que se dão o processo de aprendizagem e de formação do profissional do Direito. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 34)

Cumpra ressaltar, que se verifica na prática, que o nível social está diretamente relacionado à resposta punitiva do Estado. Nesse sentido, “o sistema

penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, segundo seu *status* social e suas características pessoais”. (ZAFFARONI, 2004, p.37)

Desse modo, pessoas de um *status* social mais alto precisam de um esforço pessoal muito maior para que se concretize a periculosidade do sistema punitivo, diferentemente daquelas que já se encontram em um estado de vulnerabilidade baixo. (ZAFFARONI, 2004, p.38)

Seguindo essa linha de pensamento, é lícito afirmar que os servidores públicos se incluem e usufruem, portanto, de um *status* social que, praticamente, imuniza-os da concretização da periculosidade do sistema punitivo, diferenciando-os daquelas pessoas que se acham em um nível baixo de vulnerabilidade.

3.5 A história oficial: pano de fundo da discursividade jurídica ideologicamente orientada

A história oficial é um dos mais relevantes fundamentos de legitimidade do sistema punitivo de um Estado. É por intermédio da catequização da história oficial, nas escolas, que se faz gravar nos intelectos um padrão de ideias, cristalizando-se todo um capital simbólico do modelo penal vigente na sociedade.

É na escola que se institui uma cultura nacional legitimável, a partir da cultura dominante. Portanto, o aparelho escolar, por meio da história, e, sobretudo, através do ensino da história da literatura, “inculca os fundamentos de uma verdadeira “religião cívica” e, mais precisamente, os pressupostos fundamentais da imagem (nacional) de si”. (BOURDIEU, 2013, p. 106)

O sistema de ensino, assim como o sistema punitivo, é altamente seletivo:

O sistema de ensino cumpre inevitavelmente uma função de legitimação cultural ao converter em cultura legítima, exclusivamente através do efeito de dissimulação, o arbitrário cultural que uma formação social apresenta pelo mero fato de existir e, de modo mais preciso, ao reproduzir, pela delimitação do que merece ser transmitido e adquirido e do que não merece, a distinção entre as obras legítimas e as ilegítimas e, ao mesmo tempo, entre a maneira legítima e a ilegítima de abordar as obras legítimas. (BOURDIEU, 2011a, p. 120)

Assim, qual o valor de mérito que funda a seletividade do direito penal? A seletividade do Direito Penal está fulcrada na valoração que a sociedade estabelece para tudo, ou seja, na atribuição de valor que a sociedade dá a todos os objetos, condutas, seres humanos, etc.

Nesse contexto, desde a mais tenra idade, as crianças são rigorosamente adestradas, exercendo o sistema escolar a função preponderante de enquadrá-las à realidade social. Desse modo, todo o aparato educacional de um Estado, assim como o sistema de justiça criminal, nada mais faz que espelhar a realidade da própria sociedade. Portanto, o sistema de justiça penal atua conjuntamente à escola, e a muitos outros mecanismos de controle, treinando e, ao mesmo tempo, castigando comportamentos desviantes. Há, portanto, uma íntima conexão entre os vários mecanismos de controle comportamentais, de maneira que, insofismavelmente, “a complementariedade das funções exercidas pelo sistema escolar e pelo penal responde à exigência de reproduzir e de assegurar as relações sociais existentes, isto é, de conservar a realidade social.” (BARATTA, 2002, p. 171)

Como já assinalado anteriormente, a meritocracia, ou seja, a imputação de uma gradação numérica comparativa entre alunos, é a tônica de um modelo educacional perverso e injusto, que desconsidera as idiosincrasias individuais, nivelando e premiando os comportamentos que mais se adéquam aos padrões pré-estabelecidos pelo corpo social. Portanto, desse modo, o modelo educacional centrado na meritocracia vai estigmatizar uma minoria e integrar a maioria que age de acordo com os padrões de comportamento pré-estabelecidos pela sociedade. (BARATTA, 2002, p. 175)

Cumpre-se argumentar que também pode ocorrer o contrário, ou seja; o modelo educacional pode, muito bem, estigmatizar a maioria e integrar a minoria que age em conformidade com os padrões de comportamento pré-estabelecidos pela sociedade.

Vera Regina Pereira de Andrade aloca a história oficial nesse mesmo plano, qual seja, da discursividade jurídica ideologicamente orientada. A história é um dos mais notáveis instrumentos de legitimação do modelo punitivo, francamente utilizada pela retórica jurídica. O discurso jurídico estaria permeado por uma visão “linear e idealista” da história como “produto da evolução progressiva da “barbárie”

ao “humanismo”, comandada pela evolução das ideias pelo e para o homem”. (1997, p. 189)

A crítica a história oficial está centrada em três diferentes abordagens: materialista – marxista, concebida pelas obras de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, Melossi e Pavarini; materialista político-econômico, concebida pela obra de Michel Foucault e Funcionalista, concebida pela obra de David J. Rothman. (ANDRADE, 1997, p. 190)

Seriam características epistemológicas comuns da “trilogia” Georg Rusche e Otto Kirchheimer, Melossi e Pavarini e Michel Foucault: a ideia de que o sistema penal não é autônomo e, portanto, está visceralmente ligado ao sistema social; o discurso oficial é ideologicamente orientado e a historiografia está relacionada à programação normativa e a sua aplicação. (ANDRADE, 1997, p. 191)

Por sistema penal, compreende-se, na ótica de Vera Regina Pereira de Andrade:

Por sistema penal entende-se, portanto, nesse contexto, a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão), a totalidade das leis, teorias e categorias cognitivas (Direitos + ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação, e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, Universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais. (2006, p. 469)

Percebe-se, assim, que o conceito de sistema penal é muito mais amplo do que apenas a composição das agências responsáveis pela operacionalização do controle penal. Nessa concepção, não há vários sistemas penais, mas apenas um único sistema penal que engloba todas essas variáveis mencionadas.

É inegável que o sistema penal não é autônomo, pois está constantemente em interação com outros sistemas: como o educacional, o político, o econômico etc.

No tocante ao discurso penal oficial, é patente que está completamente dissociado da realidade social, por ser pautado na ideologia da defesa social.

Por fim, evidencia-se que a história do modelo punitivo precisa ser melhor analisada sob o prisma da efetividade do ordenamento jurídico, de modo a se examinar se aquilo que o operacionaliza na prática, condiz, verdadeiramente, com as ideias que legitimam a sua existência.

3.5.1. A abordagem materialista – marxista: as concepções de Georg Rusche e Otto Kirchheimer

A abordagem crítica da história dos sistemas punitivos realizada por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, na obra *Pena e Estrutura Social*, dá ênfase à hipótese de que há uma relação direta entre as relações produtivas e os métodos punitivos:

Cada sistema de produção tende ao descobrimento de métodos punitivos que correspondam as suas relações produtivas.⁸ (1984, p. 3, tradução nossa)

Para esses autores, o sistema de produção vigente em determinado período histórico se impõe e direciona o sistema de justiça criminal.

3.5.2 A abordagem materialista político-econômica: a insurreição dos saberes sujeitados de Michel Foucault

É a partir daquilo que Michel Foucault chama de “insurreição dos saberes sujeitados” que propõe os alicerces da sua “genealogia”.

Por “saberes sujeitados” Michel Foucault define aqueles saberes que foram ocultados pela sistematização formal e que foram considerados não qualificados, já que não eram científicos ou porque produzidos em camadas inferiores da sociedade. (1999, p. 11/12)

⁸ Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas.

O próprio Michel Foucault explica, de modo objetivo, quais seriam esses “saberes sujeitados”, de modo exemplificativo: “o do psiquiatrizado, o do doente, o do enfermeiro, o do médico, mas paralelo e marginal em comparação com o saber médico, o saber do delinquente, etc.” (1999, p. 12)

É através do saber dos reprimidos e dominados que se obtém uma análise precisa das verdadeiras forças que interagem nas relações de poder.

Portanto, nesses termos, “genealogia” seria “o acoplamento dos conhecimentos eruditos e das memórias locais, acoplamento que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais”. (FOUCAULT, 1999, p 13)

Somente a partir desse acoplamento, seria possível, segundo Michel Foucault, compreender, efetivamente, as engrenagens que medeiam a intrincada mecânica das relações de poder.

Para Michel Foucault, há duas faces do discurso histórico: o jugo da lei (expressar o direito do poder) e o brilho da glória, através de exemplos e façanhas grandiosas, como a atuação de heróis. (1999, pág. 77)

Em síntese, para Michel Foucault, “a história é o discurso do poder, o discurso das obrigações pelas quais o poder submete, é também o discurso do brilho pelo qual o poder fascina, aterroriza, imobiliza”. (1999, p. 79)

Assim, observa-se que a história precisa ser estudada para além do discurso do poder que a direcionou e a conformou, sujeitando e ocultando os saberes.

A análise de Michel Foucault permite perceber que as sentenças analisadas estão consubstanciadas na discursividade, que possui como pano de fundo, ou seja, substrato, a própria histórica como instrumento de poder.

CONCLUSÃO

Tratou-se da etimologia das palavras dogma e peculato, procurando traçar um panorama da origem, estruturação e maturação dessas expressões. A etimologia mostrou-se uma poderosa ferramenta de desconstrução discursiva, tendo sido possível adentrar nos múltiplos encadeamentos e sentidos que as referidas expressões obtiveram ao longo da história, que serviram para forjar a sua acepção atual.

A dogmática, de acordo com a sua etimologia, pode ser entendida, em uma de suas acepções estudadas, como aquilo que parece bom, que é honrado. Por outro lado, observou-se que a expressão dogma não se esgota apenas no sentido daquilo que “aparenta ser bom”, vez que a raiz do referido termo também indica “receber (honra)”. Nessa perspectiva, verificou-se ainda que o ato pelo qual o Estado, a partir do campo burocrático, oficializa o ingresso de alguém no serviço público, nomeando-o, implica na concessão de uma espécie de título de honra, de fidelidade, de confiança.

Não se trata de mera coincidência, mas da constatação de que a dogmática se manifesta com toda sua pujança no campo burocrático e que a oficialização de um cargo público é um dogma. Aquele que recebe tal honra do Estado precisará sempre lembrar de honrá-lo.

Por outro lado, a dogmática jurídica, com todo seu misticismo, ao dar fundamentação ao campo burocrático, aprisiona o juiz no interior de um sistema totalmente hermético, o qual tem lhe impossibilitado de julgar para além de pressupostos e princípios bastante rigorosos e ao mesmo tempo contraditórios, como aqueles próprios da ideologia da defesa social.

Enfocou-se, ainda, a hegemonia do discurso da dogmática jurídica, com ênfase na visão dos manuais e dos tribunais superiores.

Quando o assunto é crimes contra a Administração Pública, a jurisprudência tem se dividido, sobretudo quando se trata da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

No momento em que o Superior Tribunal de Justiça – STJ se coloca como um empreendedor moral, posicionando-se contra a admissibilidade do

princípio da insignificância para os crimes contra a Administração Pública, mobiliza-se para a criminalização do desvio, de modo que, no futuro, o entendimento prevalente na jurisprudência poderá ser o de que mesmo condutas insignificantes devem ser criminalizadas nos crimes contra a Administração Pública ou, até mesmo, poderá haver a criminalização pelo legislador.

O Superior Tribunal de Justiça se lança no sentido do recrudescimento do sistema punitivo, ao passo que o Supremo Tribunal Federal se coloca no caminho da sua flexibilização. O Superior Tribunal de Justiça, assim, distancia-se de uma política punitiva de redução de danos, voltada à salvaguarda dos direitos e garantias individuais. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a aplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, alinha-se ao espírito da Constituição de 1988.

Foram analisadas 22 (vinte e duas) sentenças prolatadas na Vara de Crimes contra a Administração Pública e Ordem Tributária da Capital de Pernambuco, em Recife, no período de 2008 a 2010, relativamente ao delito de peculato.

Ao avaliar-se a quantidade de sentenças prolatadas com os recursos humanos postos à disposição pelo Estado, em Recife, observou-se que houve uma condenação por peculato, no período de 2008 a 2010, para cada 5.998 (cinco mil, novecentos e noventa e oito) funcionários públicos.

Como a simples utilização por parte de um funcionário público de material de expediente para fins particulares já tipificaria o delito de peculato, percebeu-se que praticamente não ocorreu a criminalização desse delito.

Ao analisar-se o perfil dos condenados, verificou-se ainda que o modelo de justiça criminal é bastante seletivo, pois segrega pessoas que se acham em condições sociais díspares. Foram condenados mais funcionários públicos não efetivos que efetivos, o que corrobora a grande seletividade do poder punitivo.

Considerando-se ainda que o desvio é um erro publicamente rotulado, observou-se que a rotulação foi decisiva na criminalização, pois foram criminalizados menos funcionários públicos efetivos que não efetivos, justamente aqueles que se encontram na base da Administração Pública e são mais marginalizados.

Também se demonstrou que a reprodução das desigualdades sociais se faz presente no serviço público, quando se verificou que o modelo separa, de

acordo com a posição social, aqueles que são criminalizados. Chegou-se a tal conclusão ao se verificar que os funcionários públicos condenados foram, na maioria, subalternos, ou seja, não faziam parte da estrutura superior do campo burocrático.

Assim, a culpabilidade está umbilicalmente ligada à vulnerabilidade social, de modo que a ideia de justiça que a ideologia da defesa social mobiliza nas pessoas, não se sustenta na prática, pois o sistema segrega e criminaliza de forma diferenciada, a depender da posição social do indivíduo no campo burocrático.

A ideia de que o desvio é um erro publicamente rotulado também se mostra nesse aspecto, pois a rotulação foi determinante na criminalização, tendo sido criminalizados mais funcionários públicos subalternos, justamente aqueles que estavam numa posição mais desfavorecida.

Os dados encontrados na pesquisa comprovaram que o nível social do indivíduo interfere, sobremaneira, na concretização da periculosidade.

Evidenciou-se que da já inexpressiva quantidade de sentenças prolatadas relativamente ao delito de peculato em Recife, entre os anos de 2008 e 2010, 22 (vinte e duas), em apenas 12 (doze) houve condenação por peculato.

Significa dizer que a punição pelo delito de peculato é imperceptível, ou seja, totalmente ínfima, não trazendo nenhuma consequência real e concreta para o sistema penal, mas apenas simbólica. Considerando-se o universo gigantesco de servidores públicos existentes na Comarca do Recife, é surpreendente que haja apenas uma média de 4 (quatro) sentenças condenatórias, por ano, em três anos.

Considerando-se ainda que o número de funcionários públicos efetivos condenados foi de apenas 15 (quinze), o que representa uma média de 5 servidores efetivos condenados por ano por peculato, tal número baixíssimo não justifica o funcionamento e a atuação do Estado, a não ser que se considere o resultado simbólico dessas condenações.

Os números demonstraram, ainda, incontestavelmente, a existência da denominada cifra oculta, pois a quantidade de pessoas alcançadas efetivamente pelo sistema punitivo muito provavelmente não corresponde à quantidade de pessoas que praticaram condutas que se amoldam ao tipo penal de peculato.

Portanto, as funções declaradas não correspondem às funções reais do modelo punitivo.

Apesar de ser considerado um crime grave, pela altíssima pena máxima cominada em abstrato, o estudo demonstrou que em um universo supostamente muito grande de servidores públicos, o delito de peculato possui uma acanhada resposta penal, considerando-se a ínfima quantidade de condenações num período relativamente longo de três anos.

Se a criminalização já é algo excepcional, via de regra, no serviço público, a condenação, especificamente, é praticamente um acontecimento raro.

É perfeitamente plausível considerar, mesmo que paradoxalmente, de acordo com os dados, que o fato de alguém ser funcionário público representa uma espécie de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, em razão de que a periculosidade do modelo punitivo apenas o alcança, muito raramente, por causa da sua condição social privilegiada. Acreditaria o funcionário público estar isento da deslealdade? Há a ideia recorrente no serviço público de que o servidor é, de algum modo, imune à deslealdade, havendo mesmo uma forte crença na impunidade.

É também bastante claro que a mecânica do sistema não é eficiente, mas, muito pelo contrário, é inoperante, tendo em vista que as engrenagens que integram todos os mecanismos componentes do aparato repressivo do Estado, não produzem resultados minimamente satisfatórios.

Os resultados foram insatisfatórios quando se considera o discurso legitimador da ideologia da defesa social, de que a repressão deve ter um caráter pedagógico, dissuadindo novas condutas delituosas. Nesse sentido, foram condenados mais funcionários públicos não efetivos que efetivos, o que comprova a extrema seletividade do poder punitivo, de modo que a maior vulnerabilidade dos funcionários não efetivos foi preponderante para assegurar-lhe uma exacerbação na culpabilidade.

Por outro lado, a perda do cargo público foi decretada apenas em 07(sete) das 12 (doze) sentenças condenatórias. Cumpre observar que, a decretação da perda do cargo público pelo Poder Judiciário representa uma punição penal, de cunho, eminentemente, administrativo.

As contradições presentes nas sentenças condenatórias só dão força à concepção de que o modelo punitivo se encontra deslegitimado.

Assim, o atual modelo de justiça criminal que se encontra assentado na ideologia da defesa social, a qual está associada às concepções da escola clássica

e da escola positiva, mostra-se irracional, por ausência de coerência interna e falta de valor de verdade quanto à sua operatividade social e, portanto, sem legitimidade.

A incoerência interna do modelo é bastante nítida quando se compara a perda da função pública com o prejuízo ocasionado ao Erário. No processo em que houve o maior prejuízo ao Erário não foi decretada a perda da função pública, mas no que teve o menor prejuízo foi decretada a perda da função pública.

Evidenciou-se, a partir da análise dos dados da tabela 4, que o artigo 92, I, do Código Penal, que trata dos efeitos extrapenais da sentença condenatória, no tocante a perda do cargo pública, é letra morta, por ter baixíssima aplicação prática. Observou-se que se cinge ao livre arbítrio judicial a decretação ou não da perda do cargo público, vez que em muitas das hipóteses analisadas, poderia ter sido decretada, mas não foi.

O direito penal não é necessário para se decretar a perda do cargo público! Em algumas das sentenças condenatórias foi decretada pelo julgador a perda do cargo público e em outras não. A primeira incoerência reside no fato de que, em algumas hipóteses, a perda do cargo não foi decretada quando poderia ter sido. Portanto, fica totalmente a critério do julgador tal punição, que é decretada, acontecendo para alguns e não para outros, de forma arbitrária.

Na maioria das vezes, a punição mais severa é a perda do cargo público, sobretudo quando há a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos.

Os cargos ocupados pelos funcionários públicos condenados são, na grande maioria subalternos, ou seja, não fazem parte da estrutura superior da Administração Pública.

A legitimidade do Estado está fundada na crença do ato oficial e do discurso oficial, que são meras alegorias simbólicas, pois o que realmente conta e mantém o Estado vivo no campo burocrático é a forte relação de confiança e lealdade estabelecida entre ele e os funcionários públicos. Nesse sentido, o princípio de legitimidade é uma grande mentira.

Assim, as sentenças analisadas, apesar de representarem uma parcela ínfima do poder do sistema punitivo do Estado que, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni é exercido, efetivamente, de forma velada por intermédio da interiorização da

vigilância disciplinar, clarificam a relação entre o exercício mesmo desse poder simbólico pelo Estado e a efetivação desse poder nas sentenças.

A realidade dos fatos, cristalizada nos dados da pesquisa, demonstrou que a aparência é a tônica da dogmática, pois a persecução penal, fundada na ideologia da defesa social, apenas dá sinais de que é efetiva, quando a inefetividade é a regra.

Mesmo considerando que a sanção pecuniária de multa não possui natureza jurídica indenizatória ou reparatória no ordenamento jurídico pátrio, claramente, observou-se, a partir da análise das sentenças, que a persecução penal não tutelou bem jurídico algum, tendo em vista que o patrimônio da Administração Pública não foi reestabelecido em nenhuma das hipóteses de sentenças condenatórias em que foram estimados os prejuízos suportados pelo Erário. Para que serve, então, a multa se não guarda nenhuma compatibilidade com o prejuízo ocasionado ao Estado?

Também foi vulnerada a teoria da pena, já que a condenação mostrou alcançar somente um número reduzidíssimo de casos, não apresentando um efetivo grau pedagógico, servindo muito mais, nos poucos casos em que atuou, para estimular mais condutas delituosas que dissuadi-las.

Ainda foi importante observar que houve uma grande discrepância entre o prejuízo global ao Erário Público e o total global das multas, no que atine aos seis processos que tiveram o prejuízo estimado. A análise demonstrou que a pena de multa se afasta do objetivo declarado pela dogmática, qual seja, ter um caráter punitivo, não tendo, na prática, absolutamente nenhuma função.

Portanto, foram, efetivamente, identificados indicadores que apontaram a influência do capital simbólico da função pública na sentença penal.

Por fim, cumpre destacar que a hipótese central da pesquisa foi confirmada.

A hipótese foi a seguinte: se há uma diferença substancial entre as funções declaradas e reais do sistema punitivo, então tal diferença deve ocorrer nos julgamentos por crime de peculato.

Verificou-se, efetivamente, que nas sentenças prolatadas relativamente ao delito de peculato, as funções declaradas diferem das funções reais.

Também teve destaque o capital simbólico da função pública.

Para se desfazer a magia da nomeação, só o feitiço da sentença! A magia da nomeação para um cargo público, ato que universaliza e sublima, que eleva o cidadão comum a outro patamar, de superioridade, desfaz-se, por fim, com a alquimia da sentença condenatória.

Assim como o rei distribuía cargos, os quais representavam uma honorabilidade real, o Estado titulariza seus cidadãos como funcionários públicos, consagrando-os como se servos fossem de uma divindade.

A nomeação de um funcionário público, ato de oficialização que garante visibilidade e publicidade, representa, para além dos aspectos materiais envolvidos, um jogo de troca simbólica de honra dissimulado coletivamente.

Afinal, na nomeação e no veredito, a objetividade é dissimulada socialmente, subjetivando-se as verdades, ideia que remete ao conceito de troca simbólica. Tanto na nomeação de um funcionário público, quanto na sentença judicial condenatória, a objetividade disfarça verdades.

Quem entra numa troca simbólica de honra e não a cumpre se desonra. A sentença condenatória é a oficialização coletiva da desonra e da deslealdade do funcionário público.

No mesmo sentido, as trocas simbólicas que ocorrem entre um chefe e um subordinado no campo burocrático dão legitimidade às relações arbitrárias de força. A titularização, tanto da chefia quanto do subordinado, faz com que ambos ingressem no jogo da troca simbólica de honra e se respeitem mutuamente. A crença no ato oficial, que universaliza e se faz moralizador, implica que tais funcionários públicos não percebam que houve uma dissimulação da verdade objetiva e que a força de coesão daquela relação social desigual é simbólica.

É relevante destacar que as trocas simbólicas que perpassam o campo burocrático legitimam a ideologia da defesa social, forjando a dogmática penal.

Para além de serem atos oficiais, a nomeação e a sentença são atos de consagração, pois carregam toda uma magia, um misticismo, colocando o Estado numa posição de verdadeira divindade. E aqueles que estão próximos e dedicados, como os funcionários públicos, àquele Estado que consideram uma divindade, acabam também por se sentir como se divindades fossem. Afinal, infelizmente, em muitas repartições, ser servidor público implica acreditar que se está acima do bem

e do mal, assumindo uma condição incompatível com a de ser humano, humilhando e menoscabando pessoas muitas vezes extremamente carentes de tudo.

Irrrompe do campo burocrático a certidão de nascimento do delinquente: o lançamento do nome do réu no rol de culpados, registro oficial decorrente da liturgia da sentença condenatória.

Ao ter seu nome lançado no “rol dos culpados” o condenado se despersonaliza, tem sua autoestima devastada, é simbolicamente amaldiçoado pelo Estado. A execração pública se consolida na sentença condenatória.

A partir da concessão de tal título, pois ser “culpado” também é um título conferido pelo Estado, mas, ao revés da nomeação, é um título de desonra e deslealdade, possibilita-se que as relações sociais arbitrárias e hierarquizadas no campo burocrático, sobretudo na execução da pena, legitimem-se por se tornarem oficiais.

Assim, lançar o nome do réu no rol dos culpados implica marcá-lo com a pecha da desonra coletiva, da deslealdade; registrando seu nome numa espécie de lista negra da sociedade, impelindo-o, na verdade, ao imenso rol de pessoas já excluídas em situações semelhantes. Tem como consequência, ainda e, sobretudo, separar os bons dos maus.

As implicações negativas na vida do réu são imensuráveis, pois não haverá como escapar do simbolismo vingativo da chancela oficial e do estigma devastador de ser considerado oficialmente delinquente.

Viu-se que o lançamento nome do réu no rol de culpados, consequência inerente à sentença condenatória, também pode ser encarado como um título de desonra e deslealdade conferido pelo Estado ao condenado. Tal título negativo, para além das consequências perniciosas para o réu já analisadas, também tem a capacidade de propiciar as condições adequadas para que o homem passe a se considerar mal, ou seja, passe a enxergar-se como a própria representação do mal. Ao aderir ao papel de malvado, o homem se reifica.

Também foi realizada uma análise de fragmentos da 22 (vinte e duas) sentenças tendo como marco teórico a criminologia crítica.

Nas sentenças, destacou-se a presença da doutrina da tolerância zero, na medida em que se observou nos fragmentos uma tentativa de isentar o Estado de sua responsabilidade social e econômica pela insegurança, fazendo crer que a

criminalidade é fruto de escolhas individuais erradas. O foco da responsabilidade pelo desvio de conduta acaba sendo o próprio indivíduo, dissimulando-se a responsabilidade do Estado e da sociedade.

Outro fato curioso que também foi verificado, foi a tendência que os encarregados de impor regras, como são os juízes, de formarem uma visão pessimista da natureza humana. A visão dos julgadores observada nos fragmentos das sentenças analisados é típica dos impositores de regras, uma visão eminentemente negativa do ser humano.

Viu-se, ainda, que o Código Penal deveria ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, que teria assumido a teoria Agnóstica da Pena, direcionada à redução dos danos produzidos pelo poder punitivo. Assim, não teria a Constituição reconhecido as tradicionais teorias da pena, a teoria retributiva e a preventiva. O resultado do reconhecimento da teoria Agnóstica da Pena seria uma política voltada à redução de danos, afastando-se de um viés punitivista.

A avaliação negativa da conduta dos réus nas sentenças se contrapõe a uma avaliação sempre positiva do Estado. Nesse aspecto, a dicotomia entre o bem e o mal está escancarada em algumas sentenças como, por exemplo, na que antagoniza a maldade da ré, que prejudica o sistema de ensino, com a bondade do Estado que provê alimentos às crianças carentes. Tal argumentação reforça a ideia de que a troca simbólica de honra foi desrespeitada pelo réu que sempre é apresentado como desleal, pois a maldade se compatibiliza bem com a deslealdade, enquanto a honra com a bondade.

Observou-se, ainda, que a retórica oficial, através da eufemização, permite que determinadas situações possam ser explicadas ao público em geral de forma mais sutil e suave, sem levantar escândalos, de modo que seja possível dizer publicamente coisas que não poderiam ser ditas de outra maneira, pois implicariam na desmoralização e no descrédito dos agentes do Estado e do próprio Estado. Como costumam os agentes do Estado explicar à população as constantes mortes que ocorrem no país, no interior dos presídios, decorrentes da superpopulação carcerária, senão através da eufemização? Imputando-se a responsabilidade por tais mortes às próprias vítimas e a sua brutalidade, como sói acontecer! Como se habituaram os agentes políticos do Estado a explicar à população os massivos ataques aos ônibus, ao patrimônio público e a população indefesa em geral,

ordenados muitas vezes de dentro de presídios que deveriam ser rigorosamente controlados, senão a partir da eufemização? Atribuindo-se tais acontecimentos ao aumento da repressão das agências oficiais! A retórica oficial pressupõe a dissimulação, sobretudo a partir da eufemização, das reais condições sociais, econômicas, políticas e de uma infinidade de outras ordens que convergiram para a ocorrência de tais acontecimentos, mas que são ocultados de forma pueril.

A própria sentença, em si mesma, é um ato oficial que representa todo um capital simbólico inculcado na mente do julgador, o que pôde ser constatado, através da análise dos dados empíricos, pelo exame do discurso oficial, presente nos fragmentos das 22 (vinte e duas) sentenças examinadas, sobretudo pela presença de expressões como: “imagem”, expressão que denota a representatividade especular de algo e possui forte conotação simbólica; “confiança”, palavra que indica a existência de uma troca simbólica de honra, “status de funcionário público”, é uma expressão que indica honorabilidade, referindo-se à existência de uma troca simbólica de honra; “quebra de confiança que a Administração Pública deposita em seus servidores”, faz também alusão à benemerilidade da função pública, portanto, a existência de uma troca simbólica de honra; “dignos de respeito e admiração”, a palavra digno remete à ideia de honorabilidade, portanto, a existência de uma troca simbólica de honra; “respeitar a ética e estar acima de qualquer suspeita”, atribui ao funcionário público o dever de ser uma divindade, pois estar acima de qualquer suspeita não é compatível com a realidade do ser humano, que é fundamentalmente precária, sendo ainda a ausência de suspeição uma qualidade que sublima e universaliza o ser humano; “nobre função”, indica que a função pública faz parte de uma troca simbólica de honra, em que não deve haver deslealdade.

Nos fragmentos examinados, viu-se, ainda, que, de forma recorrente, há a valorização negativa da conduta do funcionário público, com frequência ligada à ideia de deslealdade, ruptura e quebra da confiança para com o Estado.

O princípio de legitimidade, um dos pilares da ideologia da defesa social, coloca o Estado como a manifestação mesma da sociedade e, portanto, legitimado a combater a criminalidade a partir das agências oficiais.

Como as verdades objetivas são dissimuladas, pois para os indivíduos o interesse não está no ato em si, mas no simbolismo do título, observa-se que a legitimidade do Estado está ancorada em falsos pressupostos.

A Concepção de que os atos oficiais são, em verdade, trocas simbólicas não se confunde, em nenhuma hipótese, com a ideia defendida pelo denominado direito penal simbólico, para o qual o castigo e, sobretudo a pena, deve ser encarada como uma mensagem que tenha a conotação de que o delito seja a própria representação do mal.

O direito penal simbólico legitima a dogmática penal, por reafirmar o princípio do bem e do mal, um dos mais importantes fundamentos da ideologia da defesa social, não trazendo nenhuma contribuição relevante para a real compreensão do simbolismo que irrompe os atos oficiais.

A pesquisa também se mostrou extremamente útil ao ter possibilitado enxergar o Estado, na sentença penal, sob novas perspectivas: abstraiu-se a visão dogmática que procura encarar a sentença de cima para baixo, como um ato oficial, na ótica do julgador, mas, perscrutando-a de baixo para cima, ou seja, a partir do próprio texto, como elemento fundante do discurso do campo burocrático, e da sua íntima ligação com as relações sociais.

A responsabilização por condutas desviantes não pode acarretar marcas tão profundas como aquelas que são infligidas pelo sistema de justiça criminal. A sentença condenatória deveria levar em consideração aspectos sociais e não apenas individuais.

Desse modo, é imperioso se repensar, criteriosamente, os atuais mecanismos de punição adotados pelo Estado, avaliando-se as suas idiossincrasias, para que o modelo se compatibilize com a proteção efetiva e, não apenas fictícia, aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista da Esmesc**, v. 13, n. 19, 2006, p. 559 – 488.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. / Gabriel Ignacio Anita; tradução Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15)

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal/ Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas/ Zygmunt Bauman; tradução: Marcos Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio/ Howard Saul Becker; tradução Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. – Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1, Cezar Roberto Bitencourt. 18. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal**, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos(Lei n. 10.028/2000), 2 ed. rev., São Paulo, Saraiva, 2008.

_____. **A Economia das Trocas Simbólicas**/ Pierre BOURDIEU; introdução, organização e seleção Sergio Miceli. – 7. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2011a.

_____. **Contrafogos 2**: por um movimento social europeu/ BOURDIEU, Pierre, tradução, André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **O poder simbólico**. BOURDIEU, Pierre, tradução Fernando Tomaz – 15ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2011b.

_____. **O Senso Prático**. BOURDIEU, Pierre, tradução de Maria Ferreira; revisão da tradução, Odaci Luiz Coradini. 2ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011c.

_____. **Razões Práticas**. Sobre a Teoria da Ação, Tradução: Mariza Corrêa – 11ª Ed. - Campinas, SP: Papirus, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Vade Mecum**. 9. ed atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, STJ. HC 115562/SC. **HABEAS CORPUS 2008/0202786-2**. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento: 20/05/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/06/2010. Acessado em 15.09.2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=peculato+bem+jur%EDdico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>

BRASIL, STF. **Informativo nº 624**. Acessado em 16.09.2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo624.htm>.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**/ Salo de Carvalho. – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DANET, Jean. **La Justice pénale entre rituel et management**. Presses Universitaires de Rennes, 2010.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertação**/ Lola Aniyar de Castro. - Rio de Janeiro: Revan: ICC, Pensamento Criminológico; v. 10, 2005.

_____. **Direitos Humanos**: delinquentes e vítimas, todos vítimas. In: **Discursos Sediciosos** - Crime, Direito e Sociedade, tradução: Sylvia Moretzsohn, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007.

DELEUZE, Gilles. **Conversações (1972 – 1990)**/ Gilles Deleuze; tradução de Peter Pál Pelbart – São Paulo: Editora 34, 2013(3ª Edição)

DELUCHEY, Jean-François. A Segurança Pública na Constituinte de 1988: o primeiro fracasso da reforma democrática no Brasil. In: **Direito e Democracia: estudos sobre o ativismo judicial**/ Bárbara Lou da C. Veloso Dias, Ana Darwich, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, Belém, PA: Cesupa, 2011, p. 97-122.

_____. “De la <<guerre contre le crime>> au Brésil. Culture autoritaire et politiques publiques de la sécurité”. Autrepart. Número especial “Sociétés de la Guerre”, coordenado por Yves Goudineau(em homenagem a Christian Greffray). N. 26, 2/2003(julho). Paris: IRD/ Editions de l’Aube. P.173-186.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**; tradutora: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURKHEIM, Émile, **As Regras do Método Sociológico**. / Émile Durkheim; tradução de Walter Solon. – São Paulo: EDIPRO, 2012.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**. Uma introdução/ Terry Eagleton; tradução Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. – São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. **O Sujeito Passivo nos Crimes contra a Administração Pública**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2001. In : FRANCO, Alberto Silva; Nucci, Guilherme de Souza. Doutrinas Essenciais, Direito Penal, volume VI, Parte Especial II, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A pena em uma sociedade democrática**. In: **Discursos Sediciosos** - Crime, Direito e Sociedade, tradução: Carlos Arthur Hawker Costa, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação/ Tercio Sampaio Ferraz Junior – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

FOUCAULT, Michel. “Aula de 17 de janeiro de 1979”, In, FOUCAULT (M.), **Nascimento da Biopolítica**, São Paulo: Martins fontes, 2008, p. 39 – 69.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhe. 38. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. **Em defesa da sociedade:** curso no collège de France (1975 – 1976) Michel Foucault, tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 1999(coleção tópicos)

_____. **Microfísica do poder/** Michel Foucault, organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado, 25. ed., São Paulo, Graal, 2012a.

_____. **Surveiller et punir:** naissance de la prison; Gallimard, France, 2012b.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua Portuguesa**, elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson(org.). **Curso Livre de Abolicionismo Penal** – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

IBGE. Cidades. Disponível em <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=261160&search=pernambuco|recife|infograficos:-informacoes-completas>>.

IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Pesquisa de informações básicas estaduais 2013 e projeções da população do Brasil e unidades da federação por sexo e idade para o período 2000- 2030. Disponível em <http://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm>.

MOREIRA, Elmo Nélio. **Gazeta de Itauna.** Economia e Finanças. Disponível em: <http://www.gazetadeitauna.com.br/valores_do_salario_minimo_desde_.htm>. Acesso em 24.02.2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Dos Crimes Contra a Administração Pública em nosso Código** In: Doutrinas Essenciais, Direito Penal, volume VI, Parte Especial II, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 17. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nºs 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo, Atlas, 2013.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JR, Paulo José da. **Dos Crimes contra a administração Pública**. 4. ed., São Paulo, Atlas, 2009.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**; Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1984.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. **Código criminal do Império do Brasil anotado**/ Antonio Luiz Tinôco; prefácio de Hamilton Carvalhido. –Ed. fac-sim – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**/ Alain Touraine; tradução: Elia Ferreira Edel, 9 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. Construção ou Desconstrução da Europa? **Política Externa**. Vol. 16. No. 2. Setembro/Outubro/Novembro 2007. P. 73-86.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**/ Oscar de Macedo Soares; prefácio de Humberto Gomes de Barros. – Ed. fac-similar. – Brasília: Senado Federal: Superior Tribuna de Justiça, 2004.

VIARO, Mário Eduardo. **Por trás das Palavras**: manual de etimologia do português/ Mário Eduardo Viaro – São Paulo: Editora Globo, 2004.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**/ Loïc Wacquant; tradução André Telles, tradução da introdução à segunda edição e do prefácio Maria Luiza X. de A. Borges. – 2. Ed – Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. In: BATISTA, Nilo. **Discursos Sediciosos** - Crime, Direito e Sociedade, Editora Revan, 2004.

_____. **O inimigo no Direito Penal**/E.Raúl Zafaronni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro, Revan, 2007.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal/ Eugenio Raul Zaffaroni: tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição – Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010, 2ª Reimpressão, setembro de 2012.

_____. **En Busca de las Penas Perdidas:** deslegitimacion y dogmática jurídico-penal, Ediar, Buenos Aires, 1998.