

BREVES REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Saymon Mamede

INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se mister traçar os horizontes deste pequeno trabalho. Nesse sentido, tratemos de dizer e fixar os aspectos a serem analisados aqui.

Nestas breves linhas, pretenderemos analisar – ainda que infestamente – algumas proposições quanto aos crimes contra a Administração Pública que não podem deixar de ser notadas – seja por sua importância, seja pela funcionalidade que adquirem em relação a algumas forças. Outrossim, perpassaremos por um pensamento crítico voltado ao garantismo e à principiologia do saber penal¹.

Nessa toada, não deixaremos de identificar alguns pressupostos que têm sido deixados de lado na busca de um entendimento penal. Em outras palavras, analisaremos, conjuntamente, questões como a influência do positivismo criminológico nas práticas penais (mormente a influência da escola que se auto-intitulou positivista, constituída em sua base por Enrico Ferri, Cesare Lombroso e Rafael Garofalo), os processos de alienação social (mormente os empreendidos pelas agências criminalizantes e vitimizantes) e os efeitos da estigmatização em longa escala produzida pela agência prisional (mormente quanto ao fato pós-cárcere e ao fator ontológico do estigma).

Haveremos de passar também, em um segundo momento, por uma análise dogmática dos crimes contra a administração pública, capitulando, ao final, os tipos penais com algumas considerações.

Para dar fim a esta fase introdutória, e início aos trabalhos, digamos, por último, que tal empresa – uma (*res*)flexão crítica e séria – se faz absolutamente necessária para um entendimento mais acurado dos fenômenos crime e pena, sendo exato que com muito mais

¹ Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 38: “O direito penal é um saber...”.

importância² o fenômeno da pena, já que a esta é voltado todo o estudo do Direito Penal³, já que a discussão mais (im)portante desse ramo do saber se dá em volta dela, a pena⁴. Significa então que o mérito não está em discutir sobre o crime – sob o (pre)texto de saber ou não de sua prática – mas sim em debruçarmo-nos sobre a pena a fim de identificarmos seus efeitos e sua utilidade como instrumento de sectarização e estigmatização na sociedade hodierna, já que tem sido deixada de lado para se fazer alguma interpretação nefelibata⁵ sobre o crime. Ainda mais, quando o direito, como dizia Hungria, “é o mínimo ético, podendo dizer-se que o direito penal, em particular, é o mínimo do mínimo ético (isto, bem entendido, como nota Schmoller, do ponto de vista do seu conteúdo e extensão, pois do ponto de vista de sua eficácia resultado, representa o máximo ético)”⁶. Deveremos perpassar também por questões que nos façam refletir sobre a gravidade da pena⁷.

Não havendo óbices, passemos às reflexões.

² Aqui é necessária uma pausa para uma breve explicação terminológica: o termo importância, se observado morfológicamente, denota a aglutinação de duas expressões, im (que sabidamente advém do latim *in* e significa o que é interior) e importância (que é a capacidade de algo ser portado, carregado). Assim, temos que importância é a característica de algo ser portado interiormente por nós, em um ou outro grau. Por isso realizamos um juízo de valor e posteriormente julgamos que esse tal “algo” seja muito ou pouco (im)portante para nós, segundo as consequências que se desenvolverão se portarmos esse algo em nós, interiormente.

³ Sobre isso, diga-se que muito se tem discutido sobre a terminologia Direito Penal ou Direito Criminal. Nesse sentido, cf. BATSITA, Nilo (**Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, p. 45 a 47): “Assim vistas as coisas, o debate sobre a designação ‘penal’ ou direito ‘criminal’ poderia sugerir o ovo ou a galinha, não fosse o concurso de três variáveis, que examinaremos a seguir” (...) “A expressão ‘direito criminal’ é mais antiga, e historicamente se observa uma gradual prevalência da expressão ‘direito penal’, que teria sido empregada pela primeira vez, segundo Mezger, por Regnerus Engelhard, em 1756, popularizando-se, segundo Bustos, após a promulgação do código penal francês de 1810” (...) “a primeira variável... é a influência da opção do legislador...; a segunda variável diz respeito a paradigmas doutrinários que impliquem nomear o direito penal dessa ou daquela maneira...; a variável mais importante, contudo, diz respeito ao alcance descritivo da designação proposta, isto é, à sua capacidade de compreender determinados conteúdos”.

⁴ Pois, como disse o utilitarista Bentham, “... não se deve esquecer, como acontece muitas vezes, que o réu é membro da comunidade, como outro qualquer indivíduo, e que até mesmo na razão de parte lesada não devemos perder de vista os seus interesses: o seu bem é proporcionalmente o bem de todos, o seu mal, o mal da comunidade: eis aqui a base, a sólida base das idéias morais da justiça: podem haver casos em que o interesse do réu seja sacrificado ao interesse geral; mas ainda mesmo assim tem direitos, que devemos respeitar...” (**Teoria das Penas Legais e tratado dos Sofismas Políticos**, p. 25 e 26.)

⁵ Aqui usamos o mesmo termo que Platão usou em **A República**, para designar uma ação impensada, uma ação que não leva em conta os verdadeiros e principais valores.

⁶ HOFFBAUER, Nelson Hungria. **A legítima defesa putativa**, p. 22 e 23.

⁷ Sobre isso já se manifestava Bandeira de Mello, ao falar da natureza da pena de morte: “a pena de morte é sempre monstruosa. A sociedade não tem o direito de matar os assassinos, porque não tem o direito de criar e proteger seres mais repelentes do que os assassinos: os carrascos, notadamente os carrascos profissionais”, indivíduo que, para ele, além de se igualar aos assassinos, “se faz perito em arrancar vidas humanas, que estuda a melhor maneira de fazer um nó corredicho ou de afiar a lâmina da guilhotina...”. (**Tabú, Pecado e crime**, p.25)

PARTE I – PROLEGÔMENOS

INFLUÊNCIAS DO POSITIVISMO

A escola positivista imprimiu várias marcas no saber jurídico-penal, principalmente pelos trabalhos de Lombroso, Garofalo e Ferri.

Lombroso trouxe à discussão criminológica a questão do *uomo delinquente*, é dizer, o homem que, segundo ele, não se torna criminoso, mas sim o é, naturalmente, por isso a idéia do criminoso nato. Para afirmar isso, Lombroso apoiou-se em pesquisas que empreendeu nos cárceres, a fim de encontrar uma explicação para o fenômeno do crime. Ali encontrou pessoas com uma tipologia morfológica bem específica (corpos faioderma e melanoderma – pardos e negros –, orelhas salientes, determinada estatura, determinado tipo de arcada dentária etc.). Instituiu terminologias como mau e feio na análise criminológica. Ressalte-se que Lombroso não tinha formação jurídica, era médico. Sua teoria sobre o criminoso nato teve larga aceitação nos países latino-americanos – principalmente o Brasil – quando, por volta do século XIX as ruas das cidades encontravam-se com considerável população de miseráveis e pobres. Ora, tal situação incomodava o governo, e então surge uma teoria européia que se mostra capaz de retirar das ruas tais pessoas – pelo viés da prisionização (!). Tal teoria foi amplamente aplicada naquela época, limpando as ruas, mas abarrotando os cárceres⁸, tal como os *ghettos* norte-americanos e as *banlieues* francesas fazem, sutil e disfarçadamente, mantendo presos em lugares que não são cárceres, pelo uso de várias tecnologias de controle social os povos (menos)prezados.⁹ Ainda tratando de Lombroso, é de se notar o equívoco por ele cometido: a pesquisa por ele realizada deu-se nos cárceres. Lombroso foi pesquisar o criminoso nos cárceres. Daí ter concluído que as pessoas daquela estirpe seriam presumidamente criminosos, principalmente os pobres. Mas uma conclusão equivocada, pois, note-se, procurar apenas nos cárceres os criminosos, é encontrar uma população selecionada

⁸ Cárceres que, naquela época, já se guiavam segundo os modelos auburniano, pensilvânico ou panóptico, dentre outros. No Brasil do século XIX, tentou-se utilizar o modelo panóptico – desenvolvido por Jeremy Benthan – como demonstra o Relatório da Casa de Correção da Corte. Cf. **Relatório da Casa de detenção da Corte, 1874**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ed RT, ano 2001, nº 35.

⁹ Cf. WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Nesse estudo, Loïc faz uma análise sobre os meios e instrumentos de sectarização e estigmatização social em abordagens paralelas à França e aos EUA, tratando inclusive, do desaparecimento virtual do espaço público para as classes segregadas.

previamente. Por isso o importante não é perceber que todo pobre seja criminoso, mas que todo criminoso é pobre – somente assim poderá ser aberta uma porta para a percepção de um processo seletivo antes da criminalização secundária.

Quanto aos estudos promovidos por Lombroso, note-se que seus efeitos foram até o século XX, quando

“a escalada do cientificismo na busca e identificação dos contraventores no Brasil seguia uma trajetória utilizada por boa parte dos países. A França, em 1931, se defrontava com o projeto de lei, de autoria de Jacque-Beclair e Cellier, o qual criava anexos psiquiátricos e laboratórios de antropologia criminal nas prisões, a fim de permitir o exame científico completo dos detentos. Na Inglaterra, em 1933, foram criados postos de biologia criminal, dispendo de laboratórios especiais para o estudo de delinqüentes, sob o ponto de vista somático e psíquico. A Espanha também criaria em 1934 laboratórios de antropologia criminal”¹⁰.

A nosso ver, tais fatos demonstram a entrada do cientificismo nas práticas penais, instituindo a psiquiatria como um neo-lombrosianismo, vale dizer, como uma nova técnica, à qual – pelo fato de imprimir um certo grau de cientificidade em suas práticas epistemológicas – foi conferida legitimidade (!) para empreender sobre o indivíduo a construção de um saber de ordem duvidosa. Daí que “o diverso, o contraditório, o rebelde que infringia regras, foi classificado como portador de uma doença social. Criminalizou-se toda a diversidade. Patologizou-se todo o desvio”.¹¹

Tratando de Garofalo, é de se ressaltar a sua busca por um delito natural. Construía as classificações do delito de acordo com o grau de lesividade aos sentimentos de piedade e probidade existentes na sociedade. Considerava que “a lei segregatória e eliminatória dos delinqüentes cumpria na sociedade a função que os darwinistas concediam à seleção natural”.¹²

¹⁰ PENNA, Rejane. **Polícia e poder no Estado-novo**, p. 18.

¹¹ *Ibidem*, p. 21. Esse desvio patologizado, Foucault já o narrara também em sua **Microfísica do poder**.

¹² Cf. ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 579.

Consigne-se ainda que todos os argumentos totalitaristas e autoritaristas encontram amparo na teoria de Garofalo, tendo em vista sua filiação com afinco ao organicismo. Organicismo esse que permite entendimentos de alvitre altamente arbitrários. Veja-se somente o que Dürkheim dizia a respeito do crime e a sociedade¹³.

Já, tratando de Ferri, digamos que foi o maior representante da escola positivista, e, sua teoria admitia que “o delito é sintoma da periculosidade; logo, a medida da pena estava dada pela medida da periculosidade”.¹⁴ Admitia ainda que o criminoso “... é análogo ao defeito em um dispositivo mecânico: quando se estraga, o operador o tira de circulação durante o tempo necessário para consertá-lo (sanção ressocializadora) e, se isso for impossível, ele o descarta e o substitui (sanção eliminatória)”.¹⁵

Ouçamos o próprio Ferri em “*La sociologie criminelle*”¹⁶:

*“Eh, bien, telle est la cause du nouveau cours que suit le droit criminel; et cette doctrine nouvelle ne prétend pas, notez-le bien, détruire d’un coup tout ce qui s’est fait jusqu’à présent dans la science et dans la pratique: elle se présente au contraire comme une évolution progressive de cette science criminelle elle-même; elle entend introduire dans la fonction suprême de la justice pénale un renouvellement qui la rendra vraiment humaine, au sens le plus élevé et en même temps le plus précis du mot.”*¹⁷

¹³ “O crime é necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social, mas, precisamente por isso, é útil; porque estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito”. DÜRKHEIM, Émile. **As Regras do método sociológico**, p. 86. Há alguns entendimentos que retiram daí a idéia de que o crime é preciso para demonstrar que a sociedade, sendo como um corpo, se encontra doente e precisa ser sarada, e que o crime é um sinal dessa doença.

¹⁴ Cf. ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 577.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ A sociologia criminal.

¹⁷ “É certo, tal é a causa do novo rumo que toma o direito criminal; e essa nova doutrina [o positivismo] não pretende, note-se bem, destruir de uma vez tudo que se tem feito até este momento na teoria e na prática: ela se apresenta ao contrário, como uma evolução progressiva da própria ciência criminal; ela entende introduzir na função suprema da justiça penal uma renovação que lhe renderá verdadeiramente o caráter de humana, no sentido mais elevado e ao mesmo tempo mais preciso da palavra”. (FERRI, Enrico. **La Sociologie criminelle**, p. 09).

E mais à frente do mesmo trabalho, segue falando das características que Lombroso já citara : “*Je dois cependant avertir à ce propôs que le type criminel anthropologique resulte bien d’un ensemble de caractères organiques, mais que le traits décisifs sont vraiment les lignes et les expressions de la physionomie*”¹⁸. A fim de explicar a legitimidade de punir do Estado, baseando-se no positivismo, diz : “... *je crois que la formule – ‘nécessité de la défense juridique’ – est véritablement d’accord avec les faits et fournit la seule justification positive du droit de punir...*”¹⁹

Ferri realmente deixou fortes marcas no pensamento jurídico-penal contemporâneo, principalmente pela última idéia (a da proteção do sistema jurídico), porque essa permitiu que se legitimasse (?) um *ius puniendi*²⁰ contra o indivíduo meramente para garantir a efetividade da lei.

¹⁸ “Devo advertir a esse propósito, que o tipo criminal antropológico bem resulta de uma série de características orgânicas, mas que os traços decisivos são verdadeiramente as linhas e as expressões da fisionomia” (FERRI, Enrico, *La sociologie criminelle*, p. 97)

¹⁹ “Creio que a fórmula – ‘necessidade de defesa jurídica’ [leia-se do sistema legal] – é verdadeiramente de acordo com os fatos e fornece a única justificação positiva do direito de punir”. (FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle*, p. 360)

²⁰ Cabe aqui ressaltar que não nos parece claro a idéia de “direito de punir”, tendo em vista que a própria terminologia nega essa interpretação: direito, punindo? A punição deriva de um poder, não de um direito. E o Direito tem o escopo de proteger o indivíduo sobre o qual recai essa punição, no sentido de não deixar que ela chegue aos limites irracionais de atuação (sobre essa questão da irracionalidade em que o poder punitivo se opera, ver ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I* p 184). Ademais, o Direito, em um Estado Democrático de age tal como um dique, a conter uma represa (o poder), como nos lembra Zaffaroni. Não obstante, pode-se falar ainda de um *ius poenale*, ou seja, uma “direito de pena”, sendo exato que esse mostra-se objetivo e aquele subjetivo. E mais: como esse *ius poenale* mostra-se objetivo, é de consignar-se que essa objetividade perpassa pela garantia de uma pena, somente. Significa que o indivíduo condenado deve receber somente uma pena, não outras formas de tratamento; essa pena, conforme estabelece o vigente sistema, deve retirar-lhe a liberdade, não a dignidade, a moral, a vida. Sobre isso já se manifestava Toledo (**Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 72-73.), lembrando-nos do que dizia von Liszt: “‘o Código Penal é a Carta Magna do delinqüente’, protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrerem os pressupostos legais e dentro dos limites legais”. Valha-nos também a lição de Nilo Batista (**Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**, p. 106): “Percebe-se que o *ius puniendi* é portanto tomado em consideração no momento legislativo (supondo-se assim, uma anterioridade sobre o *ius poenale* – o direito penal objetivo) e também no momento judicial, após a violação da lei penal.” Sobre isso, ver também ORDEIG, Enrique Gimberbat. **Conceito e método da ciência do Direito penal**, p. 23: “... o estudo de Direito penal subjetivo oferece interesse porque em torno dele, surgiram diversas questões sobre quando deve o Estado apenar, qual o seu objetivo e quais os seus limites”.

Ainda sobre Ferri, diga-se que era admirador do direito penal soviético. Na obra de Amador Cysneiros²¹ são citadas as palavras de Ferri: “Eu creio que a legislação penal de todos os países acabará por imitar a da Rússia Soviética”.²²

Diga-se ainda que, sobre o positivismo, estão adeptos vários cultores do Direito, como Nina Rodrigues, Teixeira Brandão, Afrânio Peixoto e Heitor Carrilho²³.

Após abordarmos algumas nuances das influências que a escola positivista produziu, é mister que se faça uma breve explanação acerca da escola clássica, em que se identificam Feuerbach, Beccaria e Carrara, a fim de obtermos uma visão um pouco mais ampla quanto ao debate criminológico do século XIX.

No que tange a Feuerbach, é consentâneo dizer que esse penalista bávaro sustentava que “... o ser humano não só tem direitos que preexistem a qualquer pacto ou contrato, como também, mediante sua razão, ele sabe ou pode saber quais são os direitos que a condição natural não lhe garante, mas em sua essência tampouco os afeta”²⁴. Por isso admitia que o homem era livre em relação à sua razão, tal como Kant pensava, e ao contrário de Hobbes, quanto à questão da razão humana.²⁵ Saliente-se ainda, sobre Feuerbach, sua importância, com a construção do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de suma importância para limitar a intervenção estatal nas liberdades individuais.

Sobre Beccaria, é conhecida sua importância em discutir e apresentar uma resposta ao fenômeno do crime passando por análises garantistas, como o seu posicionamento à pena de morte e às penas torturantes, embora admitisse que a intimidação da pena deveria se basear não na intensidade, mas na duração, de onde se poderia deduzir a pena perpétua.

²¹ CYSNEIROS, Amador. **Direito Penal Soviético**.

²² Ibidem, p. 80.

²³ Cf. SIMÕES, Rodrigo Lemos. **Ciência e poder: profilaxia social e as novas perspectivas a respeito do homem criminoso**. In: Revista Diálogo, n.º2, 2001, p.116.

²⁴ Cf. ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 523.

²⁵ Para Kant, o homem estava livre em relação à sua razão pelo fato de que diante de um dever moral, podia escolher qual ato tomar; para Hobbes, o homem estava preso à sua razão pelo seu egoísmo.

Carrara, por último, concebia o delito como ente jurídico, que reside em uma relação, e cuja essência

“...reclama o concurso dos elementos que produzem o choque do fato com a lei civil, constituindo a criminosidade da ação. Esses elementos nós designamos com o nome de forças (*vis*) do delito. A teoria das forças é cardial em nossa escola. Serve para distinguir os fatos que podem ser declarados delitos, dos que não o podem, sem arbitrariedade”.²⁶

Carrara talvez tenha sido um dos precursores mais relevantes do garantismo jurídico, na medida em que já se percebia em seus escritos uma permissibilidade para tal, *id est*, suas idéias permitiam um raciocínio voltado para uma atuação garantista do Direito, assegurando ao indivíduo que somente em certos casos seria possível considerar seu ato como delito.

A seguir, conforme proposto, passaremos a discutir a questão dos processos de alienação.

AGÊNCIAS CRIMINALIZANTES E VITIMIZANTES NO DISCURSO PENAL

Consideramos que é mais adequado tratar dessas duas agências no presente trabalho, porque, embora existam várias atuantes, são essas as que permeiam e se interagem no discurso penal de forma mais proeminente.

Dessarte, façamos uma explicação antes acerca de tais fenômenos.

O Estado institucionaliza seu poder em um sistema legal, a fim de que certa quantidade de indivíduos esteja sob sua coação. Nesse sistema legal, o poder seleciona determinadas condutas e a elas comina uma pena. E, posteriormente, quando um indivíduo comente aquele ato que se definiu como crime²⁷ esse poder se lhe apresenta como poder

²⁶ CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal**, p. 77.

²⁷ Lembra-nos Nilo Batista que “... o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política...”

punitivo²⁸. Nessa esteira, “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (...) “... a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente...”²⁹

Assim, faça-se quanto à criminalização primária uma observação: seu discurso de proteção (pseudodiscurso) gera uma incrível nomorréia³⁰, nomeando como crimes (tipos penais) todos os atos que podem ser considerados – em uma questão tempo-espaco – aviltantes ao poder vigente. Quanto à criminalização secundária, diga-se que tem uma orientação seletiva, vale dizer, ao desempenhar sua função, realiza um processo de seleção dos que serão criminalizados secundariamente. Aqui entra a questão da policização, que concorre para uma atuação seletiva da criminalização secundária. Parece estar patente que a polícia se ordena por fatores seletivos e ontológicos para desempenhar sua função³¹.

É de se aduzir ainda que a atuação dessa criminalização secundária se orienta, outrossim, pelo poder de outras agências, *verbi gratia*, das agências midiáticas, e das agências econômicas. Quanto a essas, diga-se que a análise do *homo oeconomicus*³² tem ficado a cargo de quem não tem meios de fazê-la, vale dizer, joga-se uma idéia deturpada de pobreza para aqueles que participam da criminalização secundária positivamente (os que a efetuam), causando assim um caos de insegurança, que contribui para o estabelecimento do estado de

(Introdução crítica ao Direito penal Brasileiro, p. 44). Cf. também BUSTOS, Juan Ramirez (*Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*): “... *el delito surge de definiciones políticas...*” [o delito surge de definições políticas].

²⁸ Segundo a cratologia (conforme o dicionário léxico grego de Gingrich e Danker, o termo κράτος significa poder; unindo-o ao termo latino *logos*, que significa ciência, estudo, temos que a cratologia é o estudo do poder.) conseguimos entender que o Estado é fonte de poder. Esse poder, todavia, é exercido pelo Estado por vários ramos, por uma capilaridade. Assim, notamos a presença de um poder administrativo, que tem como seu oposto o direito administrativo; o poder civilista, que tem como seu oposto o direito civil; e assim por diante, até o poder punitivo, que tem como seu oposto o direito penal. Esse poder punitivo é a manifestação mais perigosa do poder, pois somente produz efeitos de submissão, de repressão, de subjugação etc., sendo preciso que sua atuação fique bastante restrita sobre o indivíduo.

²⁹ ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro I* p. 43

³⁰ Tal como dizia Zaffaroni.

³¹ Note-se simplesmente qual é o tipo de gente que chega detido a uma delegacia, a uma cadeia pública. São, forçosamente, integrantes de classes selecionadas, notadamente, as (menos)prezadas.

³² Em letras de Zaffaroni.

polícia. Quanto àquelas, diga-se que participam efetivamente na construção da figura do criminoso.

Sobre o estado de polícia, é importante lembrar algumas de suas características e peculiaridades. Acerca disso, vejamos o que nos diz Juan Bustos Ramirez:

“...un sistema penal basado en la pura y absoluta prevención general lleva a un sistema penal del terror penal, donde la preocupación es solo por la eficacia y las técnicas de manipulación, sometimiento y obediencia de los ciudadanos. Y ello al realizarse por la policía convierte al Estado en un Estado policial, que es todo lo contrario de un Estado democrático, y en el que tal control carece ya de total legitimidad, pues se basa en la obediencia y no en la decisión autónoma de los ciudadanos”³³.

Acrescentando mais à frente, “... *la prevención bien se convierte en pura represión...*” [... a prevenção se converte em pura repressão...]; e, finalizando diz que um tal estado de polícia permite “... *la institucionalización de la fuerza...*” [a institucionalização da força]. Essa institucionalização da força, muitas vezes torna possível atos de violência do Estado contra o indivíduo, atos que violem sua liberdade individual e outras garantias constitucionais.³⁴

³³ “Um sistema penal baseado na pura e absoluta retribuição geral leva a um sistema de terror penal, onde a preocupação é somente com a eficácia e as técnicas de manipulação, submissão e obediência dos cidadãos. E ele [o sistema] ao realizar-se pela polícia, converte o Estado em um Estado de polícia, que é totalmente o contrário de um Estado democrático, e no qual o controle já carece de legitimidade, pois se baseia na obediência e não na decisão autônoma dos cidadãos”. (BUSTOS, Juan Ramirez. *Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*).

³⁴ Apesar de a Constituição declarar (por exemplo) que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI). Utilizando-nos de uma comparação, podemos dizer que, de modo similar dispõe a constituição da França, em seu art. 66: “*Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi*”. [Ninguém poderá ser arbitrariamente detido. A autoridade judiciária, guardiã da liberdade individual, assegurará o respeito a esse princípio, nas condições previstas pela lei.]. Assim, também dispõe a Constituição da Espanha, em seu art. 17: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”. [Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, senão conforme a observância do disposto neste artigo e nos casos e nas formas previstas na lei.]. A Constituição da Argentina, assim dispõe em seu art. 18: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales...*” [Nenhum habitante da Nação pode ser apenado sem juízo prévio fundado em lei anterior ao fato do processo, nem julgado por comissões especiais (tribunais de exceção)...] A Constituição da Nova Zelândia dispõe na seção 23 do título IV que “*Everyone who is arrested; or detained under any enactment or any offence or suspected offence shall have the right to refrain from making any statement and to be informed of that right.*” [O que for preso, ou

Assim, note-se que, para se estabelecer, o estado de polícia necessita de uma legitimação, de uma aprovação. Essa legitimação se dá por meio do discurso, e, principalmente, pelo fator geográfico desse discurso – tendo em vista que a população de alguns lugares se mostra mais suscetível a receber e admitir um determinado discurso do que a população de outros lugares. Sobre esse instituto – o discurso – é notável a utilização de certos dispositivos em seu interior, isto é, pode-se perceber que o discurso contém certos dispositivos ocultos que permitem alterar sua aceitação em determinado interlocutor. A fim de aprofundar nesse entendimento, passemos pelo notável trabalho de Foucault, em *Vigiar e Punir*, quando das explicações atinentes ao panóptico³⁵. Como dito, o panoptismo permitiu levar à luz algo que se queria, com um determinado fim (análise, estudo, controle *et coetera*). Todavia, não nos limitemos a essas indagações. Antes de ligarmos esse fenômeno – panoptismo – ao discurso, tratemos do seu oposto, o contra-panoptismo. Se em sua forma básica, o uso do panoptismo permite trazer a lume algum fato ou ato suscetível de análise, o contra-panoptismo visa esconder, ocultar determinados fatos. Agem dessa forma. E ordenados politicamente, vale dizer, sob um prisma político, certos atos devem ser trazidos para debate, para visibilidade, enquanto outros devem ser mantidos à surdina, na não-visibilidade. Por isso muitas vezes se vê mais um lado de determinado acontecimento do que o outro, por isso muitas vezes percebemos a história contada mais de um lado (vencedor) do que do outro (perdedor)³⁶. Podemos agora ligar essas técnicas (panoptismo e contra-panoptismo) ao discurso, conforme havíamos dito antes. No discurso, ocorre o mesmo que as citadas técnicas detido sob qualquer ordem ou qualquer ofensa ou ameaça de ofensa terá o direito de se abster a dar qualquer declaração, e ser informado desse direito].

³⁵ O panóptico, primeiramente concebido por Jeremy Bentham como modelo prisional, foi, em um outro tempo, analisado por Foucault em sua instrumentalização, vale dizer, após perceber e esquadrihar sua funcionalidade, Foucault demonstra como ele pôde ser utilizado nas relações de poder-saber. Quanto a isso, diga-se que o objeto a ser analisado então passou a ser o corpo. Analisado e controlado, pois, pela funcionalidade do panóptico (sua estrutura, arquitetura, dimensões etc.) era possível – nas letras foucaultianas – o “... funcionamento automático do poder ...”; nas celas era possível colocar um corpo, que se transformava em objeto de estudo (como o criminoso), ou de controle (como um trabalhador) etc. Todavia, a análise axial para o entendimento do panoptismo passa pela questão da visibilidade. Foucault demonstra que “... a escuridão que tanto era utilizada – nas masmorras – agora protege o indivíduo. A luz é uma armadilha...”. Parece-nos verdadeiramente patentes tais afirmações, pois note-se que o ato de colocar o indivíduo à vista torna-o totalmente estéril, na medida em que toda ação que ele fizer será percebida por um observador. E é aqui que entra o panoptismo. Foucault mostra seu efeito mais importante: que o indivíduo “... não saiba se está sendo vigiado, mas tenha a certeza de que pode estar sendo...”.

³⁶ Sobre isso, note-se que no decurso histórico, sempre o vencedor foi quem narrou a versão dos fatos, sempre foi a sua versão que prevaleceu. Veja-se simplesmente o caso da Liga das Nações e da ONU: surgiram logo após a primeira e segunda guerra mundial. E mais: surgiram, foram concebidas pelos países vencedores das guerras, sob um discurso de “manutenção da paz mundial”. Note-se que quem clamava por essa tal “paz mundial” era, justamente, quem tinha promovido uma verdadeira hecatombe.

produzem em outros lugares, vale dizer, a atuação delas no discurso se dará fazendo-se perceber, e fazendo-se ocultar certos dizeres, certas expressões que, dessa forma, poderão levar o interlocutor a um entendimento pré-ordenado. É como se fosse necessário ocultar ou exhibir determinadas expressões a fim de conduzir o interlocutor a um entendimento anteriormente ordenado – que poderia não ocorrer caso não se tivesse utilizado tais técnicas. Têm larga aplicação no ambiente midiático, o qual expõe várias informações anteriormente codificadas (é aqui que operam as citadas tecnologias) para seus interlocutores, fazendo com que, em grande parte, eles não percebam a atuação dessas tecnologias, fazendo com que eles recebam a mensagem sem perceber sua codificação³⁷.

Sobre a questão midiática, entendemos não ser necessária uma extensa abordagem, pelo fato de sua pluralidade de ramificações (meios radiofônicos, visuais etc.). Sendo assim, digamos apenas que tem eficaz participação na construção da figura do criminoso, à medida que lança na sociedade informações codificadas anteriormente, sem que, como vimos acima, sejam percebidas tais codificações, pelo que adquirem uma aparência de legitimidade.

Seguindo, temos de falar também das agências de vitimização, que concorrem para o fenômeno da criminalização – tanto primária quanto secundária. A vitimização ocorre, como a criminalização, seletivamente, pois, como lembra-nos Zaffaroni,

“na sociedade há sempre pessoas que exercem um poder mais ou menos arbitrário sobre as outras, seja de forma brutal e violenta, seja de forma sutil e encoberta. Enquanto esse poder for percebido como normal não haverá vitimização primária (não existe nenhum ato formal das agências políticas que confirmem o *status* de vítima ao subjugado). Quando a percepção pública de tal poder passe a considerá-lo anormal (desnormaliza-se a situação), urge o reconhecimento dos direitos do subjugado e redefine-se a situação como conflitiva...”³⁸

Note-se então que, tal qual como criminoso é o indivíduo que praticou determinado ato considerado crime pelo Estado³⁹, a vítima é aquele indivíduo que participou passivamente

³⁷ Sobre isso, ver BARTHES, Roland. **A mensagem fotográfica.**

³⁸ ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 53

³⁹ Sabidamente essa definição de crime transita em uma relação espaço-temporal. Note-se, como exemplo, o que

daquela ação. É também um reconhecimento por parte do Estado, mas um reconhecimento que (*res*)modela, que (*res*)define os sujeitos da situação que agora passa a ser observada pelo Estado. Observada e afastada, se notarmos como dela é suprimida a opinião, mormente quanto à questão das ações penais.⁴⁰

Aprofundando mais, poderíamos falar que a vitimização vai até os limites da “imolação” do criminoso, quando toda uma classe é induzida – por meio daquele discurso – a se sentir vítima, e mais, uma vítima que quer trucidar seu algoz virtual. Assim, junto a outras tecnologias de controle social, consegue-se que seja desejado a um “criminoso” o mais alto e possível nível de expiação. Coadunando-se a isso, sagacidade de Zaffaroni não nos deixa escapar a percepção de que

“esse fenômeno [a vitimização] provoca um efeito político perigoso para qualquer estado de direito: as classes mais desfavorecidas são as mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais. Não é de se estranhar o grande número de adeptos da pena de morte que se encontram nesses segmentos sociais, o que não se vincula nem à menor escolaridade nem a qualquer outra razão preconceituosa, mas à vivência cotidiana da vitimização

se concebia como crime no Código de Derecho Canônico, de 1951 em seu art. 2356: “*Los bigamos, esto es, los que, existiendo un vínculo conyugal que lo impide, atentan contraer otro matrimonio, aunque sólo sea el llamado civil, son, ipso facto, infames; y si despreciando la amonestación del Ordinario, permanecen en el contubernio ilícito, deben ser excomulgados o castigados con entredicho personal, según sea la gravedad de la culpa*” [“Os bigamos, isso é, os que, existindo um vínculo conjugal que os impeçam, tentam contrair outro matrimônio, ainda que somente seja o chamado civil, são, *ipso facto*, infames; e se desprezando a admoestação da Ordem, permanecem na convivência ilícita, devem ser excomungados ou castigados com proibição pessoal, segundo seja a gravidade da culpa”] (*Código de Derecho Canônico*, p. 853); Veja-se também as concepções de crime no Código de Hamurabi, de 4065 anos atrás (2065 a.C.): “Art. 11. Se o dono do objeto perdido não trouxe as suas testemunhas, ele é mentiroso, levantou falsa denúncia e deverá ser morto”; ou então o Código de Manu, de 3200 anos atrás (1200 a.C.): “art. 276. De qualquer membro que se sirva um homem de baixo nascimento para ferir um superior, esse membro deve ser mutilado”; podemos dizer ainda das penas impostas aos “hereges impenitentes” - aqueles que mesmo após ouvir do inquisidor (sempre em tons amabilíssimos) qual é o certo modo de adorar a Deus, não se redimiam e não aceitavam a doutrina imposta –, estabelecidas pelo *Directorium Inquisitorium*, no século XIV; ou então, podemos passar pela história do direito penal hispano-luso medieval, e encontraremos, por exemplo, a Constituição de Dom Pedro II de Aragão contra os Valdenses, datada de 1197, estabelecendo que “... se alguém – nobre ou plebeu – descobrir algum ou alguns desses nefários hereges [valdenses ou sabatatos] em qualquer região de nosso reino e lhe infligir qualquer mal, vexame ou mau trato, exceto a morte e o cortamento de membros, teremos o fato por agradável e bem aceito e, por ele, não incorra em punição...”

⁴⁰ Veja-se ainda sobre esse afastamento da vítima perpetrado pelo Estado em HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas**. Ed Luam, 2ed 1997

incrementada pela prédica vindicativa dos operadores de agências do sistema penal.”⁴¹

Fechando, aditamos que o processo de vitimização interage com a seção da criminalização primária e secundária. Isso porque a vitimização faz com que uma pessoa se sinta vítima quando se lhe apresenta um fato delituoso. Assim, na criminalização primária, ela atua sobre o legislador, fazendo com que ele projete sua parcela de sentimento contra o criminoso segundo seu grau de vitimização; e na criminalização secundária ela atua sobre os agentes positivos (os que empreendem a criminalização secundária), fazendo com que eles operem com altas taxas de vitimização⁴².

Poderíamos falar mais detidamente de tais questões, e também de outros processos de alienação, como os da coisificação positivista, da mediação moderna etc., todavia, o fito deste trabalho não nos permite ir tão longe.

Assim, tratemos agora, conforme proposto inicialmente, dos efeitos da estigmatização produzida pela prisionização.

PRISIONIZAÇÃO E ESTIGMATIZAÇÃO: O OCASO DO SER

Para iniciarmos alguma reflexão nesse patamar, é necessário antes que se faça uma distinção entre os dois fenômenos.

Assim, urge estabelecer que a prisionização é o processo que encerra a criminalização secundária, é dizer, trata-se do encarceramento de indivíduos reconhecendo-se-lhes o *status* de prisioneiro, enquanto ser submetido a normas de conduta específicas de um determinado

⁴¹ Cf. ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 55. Ver também nesse mesmo tópico da obra, a questão da relação entre vitimização/criminalização nas classes, como o fato de certas pessoas estarem mais propensas a ser vitimizadas do que outras; e outras estarem mais propensas a serem criminalizadas que as demais.

⁴² Poderíamos ainda falar dos efeitos de uma vitimização sobre as agências judiciais. Note-se que a vítima não pode deixar de ser o titular do direito lesado, todavia, ela deve ser afastada do raciocínio que eventualmente venha determinar uma pena ao dito criminoso, porquanto ela esteja tomada por uma grande carga emotiva, a qual é pernicioso para influir em seus sentimentos. Se isso (afastamento da vítima do ato de determinar uma pena) não ocorrer, e se deixar que a pena seja determinada ao autor do fato definido como crime segundo uma vitimização, estar-se-á diante de uma verdadeira vituperação aos princípios do direito penal. Estará-se como no século XV, quando dos processos de julgamento e de condenação do *Malleus Maleficarum*. Que evolução poderá então o homem pretensamente reclamar? (!).

estabelecimento (prisão). Sobre isso, valha-nos o trabalho de Augusto Thompsom⁴³. Ali Thompson já nos falava da perplexidade das relações de prisionização, tendo em vista a incongruência de dizer que:

“se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre”. (...) “a maioria das pessoas, parece, ou não percebe essa mudança radical de conceitos ou não se dá conta de serem eles, flagrantemente antinômicos”. (...) “parece, pois, que treinar homens para a vida livre, submetendo-os a condições de cativo, afigura-se tão absurdo como alguém se preparar para uma corrida, ficando na cama por semanas”⁴⁴.

Sobre a estigmatização, é o processo pelo qual o indivíduo passa a ser reconhecido por pre-conceitos, que, não raramente são produzidos pelos estereótipos. Os *estéreo-tipos* são introduzidos no indivíduo para que ele passe a ser reconhecido não por sua auto-nomia, mas por um preconceito advindo de suas atividades habituais e costumes, que passam a ter um novo significado quando esse indivíduo é percebido dentro de um *locus* que foi previamente perquirido pelo poder e tachado com um adjetivo qualquer. Daí que, quando identificamos certos indivíduos, imediatamente percebemos em que *estéreo-tipo*, em que classe de pré-conceitos ele foi inserido pelo poder.

Ainda, sobre a conceituação de estigmatização, é corolário dizer a respeito do *labelling approach*. Essa política (rotulação) é utilizada em larga escala, principalmente no estágio pós-prisionização. Isso porque como o indivíduo foi antes prisionizado (passando por aqueles processos antes ditos), ao se ver livre da prisionização, se vê, forçosamente, tachado, rotulado como criminoso, como se a insígnia do crime fosse algo inerente à sua condição humana, como se fosse ontológico. Daí, basta uma questão de movimentação no espaço para que o *labelling approach* tenha sua máxima expressão: conforme esse indivíduo se encontrar em determinados lugares será reconhecido (pelo rótulo) e dele se exigirá o cumprimento desse papel, ou seja, cobra-se, exige-se do pós-prisionizado que cumpra seu papel de criminoso.

⁴³ Cf. THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Ed. Forense, 2ed 1980.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12 e 13.

Esses processos de estigmatização podem alcançar níveis sociais, à medida que determinado grupo social partilha de certos costumes e peculiaridades. Veja-se simplesmente o que Wacquant demonstrou ocorrer com a *underclass* norte-americana e com as *banlieues* francesas: uma forte estigmatização, seguida de sectarização sistematizada⁴⁵.

De fato não se pode negar o efeito avassalador que essa estigmatização produz na sociedade, principalmente em uma sociedade voltada ao cumprimento de regras austeramente. Como dizia Hannah Arendt, a sociedade moderna “... espera de cada um dos seus membros um certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a ‘normalizar’ os seus membros, a fazê-los ‘comportarem-se’, a abolir a ação espontânea ou a reação inusitada”.⁴⁶ Ainda sobre os estereótipos, Arendt notou “... de maneira implacável que os grupos sociais se protegem do conhecimento da realidade através do emprego de clichês e estereótipos, que, em compensação, neutralizam ou anulam o potencial reflexivo contido na linguagem”.⁴⁷ E mais: esses estereótipos são recebidos, quase sempre, como axiomas, como algo que não suporta nem admite dúvida. Lembre-se o que Montaigne já falava: “tudo o que produzem nossa razão sozinha e nossa inteligência, tanto o verdadeiro quanto o falso, está sujeito à incerteza e à discussão”.⁴⁸ Valham-nos as letras de Cláudio Freitas – quando falava da perspectiva trágica – para concluir sobre a relatividade das aparências: “... *nada de lo que es relativo tiene realidad axiológica efectiva*.”⁴⁹ Para encerrar a questão desse tópico –

⁴⁵ Cf. WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**. Nesse estudo, Loïc diz que “... finalmente e de modo relacional, deve-se ter em mente que os habitantes do gueto não são parte de um grupo distinto de algum modo separado do restante da sociedade, como muitos defensores da tese da ‘*underclass*’ gostariam que acreditássemos. Pertencem, em vez disso, a frações não habilitadas e socialmente desqualificadas da classe trabalhadora negra, em virtude de multifárias ligações conjugais e de parentesco, laços sociais, conexões culturais e processos institucionais que cruzam a alegada divisa entre eles e o restante da comunidade afro-norte-americana”.

⁴⁶ RÜDGER, Francisco. **Condição humana, violência política e poder tecnológico em Hannah Arendt**. In: Revista Comunicação & Política, 2002, p. 125.

⁴⁷ Ibidem, p. 118.

⁴⁸ FREITAS, Cláudio José de. **Os costumes e as leis em Montaigne**. In: Revista FADOM, 1998, p. 170. No mesmo trabalho, Cláudio cita uma passagem do texto de Richard Popkin (*La história Del escepticismo*), a respeito dessa relação de aparências, a qual se acha intimamente ligada com os estereótipos: “*Así, pues, podemos concluir que nuestras ideas se derivan de nuestra experiencia sensorial. Nuestra experiencia sensorial no nos muestra qué son los objetos, sino tan solo lo que nos parecen. Juzgar los objetos por nuestras ideas resulta un procedimiento sumamente dudoso*” [“Assim, pois, podemos concluir que nossas idéias se derivam de nossa experiência sensorial. Nossa experiência sensorial não nos mostra o que são os objetos, mas tão somente o que nos parecem. Julgar os objetos por nossas idéias resulta um procedimento sumamente duvidoso”].

⁴⁹ “... nada do que é relativo tem realidade axiológica efetiva.” In: **Reflexiones sobre el Concepto de ‘Cultura Afirmativa’ en Marcuse**, Revista FADOM, ano 35, p. 60.

deixando uma margem para aprofundamentos – citemos o que falava Irapuan Teixeira, quando de um discurso sobre a verdade: “... *the truth is a relation of conformity between the knowledge and the known thing*”.⁵⁰ Aprofundamento, dissemos, porque, com tal assertiva, podemos questionar a relação de reconhecimento/verdade, vale dizer, a relação que torna legítimo reconhecer um estereótipo como verdadeiro. Mas não entraremos tão detidamente nesse assunto por ora.

Passadas essas reflexões iniciais, que são de suma importância para determinar o modo como trataremos o Direito Penal, passaremos adiante a realizar uma análise dogmática dos crimes contra a administração pública. Como as dimensões deste trabalho nos limitam, tomaremos apenas um tipo penal para proceder à análise dogmática, deixando os demais, para a capitulação, ao final.

Destarte, passemos às análises.

PARTE II – DOGMÁTICA

ANÁLISES DOGMÁTICAS: UMA POSSIBILIDADE GARANTISTA

Antes de iniciarmos propriamente a análise, façamos um intróito aos crimes contra a administração pública.

É de se pasmar a situação carcerária no Brasil, e, especificamente, em Minas Gerais⁵¹. Somente nos estabelecimentos penais (penitenciárias, colônias penais, albergues e

⁵⁰ “... a verdade é a relação de conformidade entre o conhecimento e a coisa conhecida”. TEIXEIRA, Irapuan. *The Matter About the Truth*, In: Revista FADOM, ano 35, p. 04.

⁵¹ Sobre isso, cf. SIMÕES, Elaine Amaro Leite. **A epopéia dos miseráveis: superlotação e morte na Divisão de Crimes Contra o Patrimônio de Minas Gerais**. Nesse estudo, o chefe da Divisão, Marcelo Machado diz à criminóloga que “... temos 80 vagas e sempre mais de 500 presos, aqui já chegou a mais de 550 homens, época em que o espaço para cada preso se dividido entre eles não ultrapassavam os 26 centímetros quadrados...” Note-se então que, como bem observou Hassemer, “... a luta contra a criminalidade organiza-se tipicamente por meio da limitação de direitos fundamentais”. Todavia, como ele mesmo nos lembra, “a partir dos direitos fundamentais, o cidadão pode reconhecer que intervenções ele não tem de suportar, como pode manter o Estado afastado da sua liberdade e, por isso, a nossa tradição clássica é a tradição dos direitos de defesa (...) os direitos fundamentais servem para colocar grilhões a este Leviatã para confinar ao seu âmbito”. (HASSEMER, Wienfried. **Processo penal e direitos fundamentais** In: revista Jurídica Del Rey, ano 8nº 16, p.71 e 72). Pelo exposto, nos vemos diante de uma agressão, inclusive aos ditames legais. Trata-se de completa alienação estatal, completa abdicação dos deveres estatais, pois do que consta a LEP (lei de execuções penais), em seu art. 88, “o

hospitais psiquiátricos) encontram-se cerca de 12.000 pessoas, sendo que se incluirmos o número de encarcerados que se encontram sob coordenação da Polícia Civil, o número sobe para 25.000 encarcerados no estado, aproximadamente.

Note-se ainda que a exacerbada população carcerária brasileira já era objeto de estudo em 1999, conforme um artigo de Salo de Carvalho e James Louis Cavallaro, intitulado *Rising Violence and the Criminal Justice response in Latin America: towards an Agenda for Collaborative Research in the 21st century*⁵². O citado texto nos diz que “Brazil has the largest prison population in Latin America, with 170.000 prisoners in 512 prisons, according to the 1997 Prison Census” [o Brasil tinha a maior população carcerária na América Latina, com 170.000 prisioneiros em 512 prisões, de acordo com o censo prisional de 1997.] Não obstante, esses cárceres se encontram abarrotados de indivíduos que cometeram muito poucos crimes em comum, vale dizer, a maioria se encontra ali por haver cometido algum delito contra o patrimônio – maiores taxas –, ou contra a pessoa – em sua maioria, cometidos com

condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, e na alínea b do parágrafo único (requisitos básicos da unidade celular), que cada cela terá área mínima de 6m², ou seja, a cada condenado deveria ser reservado o espaço mínimo de 6m². Vemos então que aquela limitação de direitos fundamentais de que nos falava HASSEMER, se dá a fim de manter uma ordem (que, obviamente, é a pretendida pelo Estado), tal como se tem tentado estabelecer um controle ordenativo-punitivo na Palestina, conforme nos narra o artigo do *The Independent's*, de 11 de fevereiro de 2003, intitulado: *Palestinians say they are being subjected to punishment 'lottery' by israeli soldiers*: tal artigo narra que palestinos estariam sendo sujeitados à uma ‘loteria’ punitiva por soldados israelenses. O afã de se estabelecer uma ordem pelo viés punitivo é tão irracional que chega ao cúmulo de, como narra o jovem palestino, Fahid Abu Isbeh, ele próprio fugir de um jipe com soldados israelenses, ser pego, e obrigado a ‘escolher’ um papel, dentre muitos, que continha descrita a punição a ser infligida, no caso, quebrar a mão esquerda. Tais ‘loterias’ teriam ‘sorteios’ de espancamentos até a morte. Afora o fato de que isso se dá, especialmente em locais onde existem pretensões totalitárias, notamos que o Estado, portanto, precisa de um discurso para legitimar sua pretensão punitiva, e as leis permitem uma atuação punitiva do Estado, visto que o “*ius puniendi*” – que deveria ser chamado *potentia puniendi* – pertence a ele. Daí deduz-se duas premissas importantíssimas: o Estado então não é a sociedade, pode ser uma associação, um tribalismo, um séquito, mas não a sociedade, pois esta não é portadora do *ius puniendi*; o Estado então não é formado para proteger a sociedade e seus bens, antes formado para proteger os interesses de seu tribalismo, seu séquito, mas não da sociedade, porque esta é formada por várias classes, às quais ele somente guarda um controle ordenativo pelo viés punitivo. Parecem-nos demais patentes tais asseverações, pois do contrário, caso se admitisse que o Estado é formado pela sociedade e para proteger seus bens, estaria demonstrado que ele não é necessário, pois não consegue sustentar a sociedade em suas mínimas necessidades. Forçosamente seria uma apostasia (em grego αποστasia significa largar, abandonar aquilo em que se acreditava.) E, assim, parece demonstrado o contrário do que Anthony D’Amato dizia em um texto (*Is International law really law?*) sobre o cumprimento de regras dentro do Estado: “*the rules are obeyed not out of fear of the state’s power, but because the rules by large are perceived to be right, just or appropriate.*” [as regras são obedecidas não por medo do poder do Estado, mas porque as regras são percebidas como sendo corretas, justas ou apropriadas]. Mais uma vez, não nos parece correto, tendo em vista o poder coativo do Estado.

⁵² Violência crescente e responsabilidade da Justiça Criminal na América Latina: para um programa de pesquisa colaborativa no 21º século.

violência⁵³, mas muito poucas são as taxas de encarcerados por crimes contra a administração pública.

Não havendo mais nenhuma consideração a se fazer, passemos à análise dogmática. Nesse sentido, estabeleçamos os horizontes do trabalho, vale dizer, a análise dogmática – entendendo-se essa como a análise sobre a disposição que o Código Penal estabelece – sobre os crimes contra a administração pública. Como nos encontramos, em certo modo, limitados, faremos a análise apenas sobre um tipo penal, a saber, o peculato, deixando, para o final, uma capitulação dos crimes restantes.

Começemos então, por descrever como se procede a análise dogmática. Entendemos que a análise dogmática se dá em três momentos: uma análise sobre o tipo objetivo (análise externa do tipo penal, tal como o Código penal no-lo apresenta); uma análise sobre o tipo subjetivo (análise sobre os elementos intrínsecos ao autor do fato); e, por último, uma análise sobre os elementos do tipo.

Todavia, vejamos antes algumas concepções elementares para o entendimento dessa análise, como tipicidade, normatividade, elementos etc. Assim, somos de entender a tipicidade como um ato de poder, um ato pelo qual o Estado se manifesta pelo viés da criminalização primária, vale dizer, quando ele, por meio de uma declaração criminaliza, torna passível de punição – quando presentes alguns outros pressupostos, como a culpabilidade e antijuridicidade – um ato que anteriormente entendeu necessário – por vários fatores – tornar punível.⁵⁴ Por normatividade, entendemos o caráter atribuído a certo texto, por

⁵³ O que nos leva a perceber, forçosamente, a classe que se encontra ali, pois, os crimes cometidos com violência são, geralmente, causados pelo fato de os envolvidos não possuírem capacidade de dialogar – por motivos que perpassam pelo contato diário com a vitimização – permitindo-nos identificar, eminentemente, a plebe.

⁵⁴ Como nos lembra José Cirilo de Vargas, a tipicidade está “intimamente ligada ao princípio do *nullum crimen*, que, em nosso sistema penal, por força de dispositivo constitucional, é a maior garantia que o cidadão possui contra o emprego da analogia em matéria de normas penais incriminadoras” (**Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie**, p. 46). E completa mais à frente, “... a tipicidade é uma das características essenciais do fato punível. De sorte que, em sua falta, não há falar em crime, ainda que possam estar presentes a antijuridicidade e a culpabilidade” (Ibidem, p. 31). Em outro estudo (**Do tipo penal**), o mesmo Cirilo ressalta que “essa certeza de que só existirá a pena quando o comportamento se ajustar, primeiramente e de modo preciso, a uma descrição legal de injusto é que dá segurança e estabilidade à ordem jurídica” (p.28). Cf. ainda, sobre isso, Francisco de Assis Toledo, em seu trabalho **Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 4: “... os tipos legais de crime constituem verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, na esfera da liberdade individual”. A nosso ver, esse caráter da tipicidade (garantia) é o mais acertado, ainda que existam entendimentos no sentido de que a tipicidade seja a mera correspondência entre o fato e a disposição legal. Assim mesmo, CAPEZ, Fernando. **Direito penal** – parte geral, p. 137: “... tipicidade é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal)”. Nesse mesmo sentido, MIRABETE, Julio

ser considerado lei, norma – aqui poderíamos falar sobre o conceito de norma de Binding⁵⁵. Todavia, há outra característica da normatividade que entendemos ser bastante importante na análise dogmática: a não-objetividade. É um empecilho à interpretação do tipo⁵⁶ um elemento que contenha alta dose de normatividade, porque pode levar a subjetividade do intérprete a limites irracionais.⁵⁷ Por elementos do tipo entendemos os fragmentos que se ordenam para constituir o texto do tipo. Sobre eles deve-se fazer séria análise, mormente quanto ao caráter de serem elementares ao tipo, pois caso não sejam, caso existam na forma negativa (não-existindo) não haverá tipicidade.⁵⁸

À altura do presente trabalho, podemos trazer à baila o fato de que um termo que represente determinado conceito (circunstância elementar, por exemplo) pode, outrossim, representar outro conceito (elemento descritivo do tipo). Isso se dá porque a palavra é um fenômeno separado da coisa, vale dizer, a coisa não depende da palavra que a define para existir, e pode mesmo ser representada por várias palavras. Depende menos da palavra que a define do que sua percepção no mundo real. Significa então que pode-se atribuir uma palavra a um objeto sem que nunca saibamos o que ele realmente é sem ela. A questão é interessante

Fabbrini. **Manual de Direito penal** – parte geral, p.115: “... a tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto e a descrição contida na lei”.

⁵⁵

Binding desenvolveu em um de seus trabalhos um pensamento bastante interessante a respeito das normas e as disposições penais, que, em suma, é o seguinte: as normas são proibições ou mandados de ações, o delito se choca com elas, mas não com a lei penal. “Normas são, por exemplo as do Decálogo, mas estas não pertencem à lei penal nem ali se encontram. Elas são extraídas dos modelos legais, isto é, da lei penal: se se pune o furto, deduzimos que há uma proibição de furtar; se se pune a omissão de socorro, deduzimos que há um mandado de socorrer. Porém nem a proibição nem o mandado (as normas) estão na lei. Daí concluir Binding que aquele que furta ou omite socorro não viola a lei penal, mas sim a cumpre, violando a norma, que se acha fora da lei penal, conhecida por nós através dela.” Cf. ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I** p. 584. Citando também tal teoria de Binding, DIP, Ricardo. **Direito Penal: linguagem e crise**, p. 27. Ed Millenium.

⁵⁶

Sobre os métodos de interpretação, ver ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito penal**. Ed RT, 2002.

⁵⁷ Justamente por isso que Amilton Bueno de Carvalho notou que deve-se realizar sobre o tipo penal o que ele chamou de pressão centrípeta e pressão centrífuga. A pressão centrípeta deve ser usada para conter a interpretação de determinado tipo ou elemento do tipo que tenha somente uma atuação perniciososa, prejudicial ao agente. A pressão centrífuga deve ser usada para alargar a interpretação de determinado tipo ou elemento do tipo que atue benéficamente para com o agente. Em, suma, é o seguinte: se um tipo penal não permite uma interpretação benéfica, deve ser contido em sua aplicação, e forte deve ser a pressão sobre ele para se permitir o enquadramento de uma possível conduta. Em contrapartida, se um tipo penal permite uma interpretação benéfica, deve ser altamente alargado em aplicabilidade, e fraca deve ser a pressão para contê-lo em aplicação. Isso evitaria em muito os exageros e exacerbações de interpretação dos tipos penais.

⁵⁸ Em suma é o seguinte: um elemento do tipo pode servir para permitir a tipicidade, ou excluí-la. Para permiti-la, tem de estar ali de forma positiva, ou seja, da forma como o tipo o descreve. Todavia, para excluí-la, tem de estar ali de forma negativa, isto é, não estando como o tipo o descreve. Para ser mais específico: um elemento do tipo permite ou exclui a tipicidade segundo seu grau de consonância com o tipo penal.

também para percebermos que uma vez estabelecida uma palavra para um objeto, com o tempo ela torna-se legítima para designá-lo, embora seja tão significante quanto se usássemos outra palavra⁵⁹.

Por último, antes de proceder à análise do tipo penal, esclareçamos um fator de ordem etimológica. O *nomem iuris* *peculato* tem sua origem no latim *peculatus*, que deriva de *peculari*, *pecus*, que significa, literalmente, o furto de gado. Ocorre que *pecus* (gado) era o símbolo que se cunhava nas moedas romanas, daí que o *peculato* passou a ser considerado o furto de dinheiro público. Já, tecnicamente, significa “... a apropriação, a subtração, o consumo ou o desvio de valores ou bens móveis pertencentes à Fazenda Pública ou que se encontrem em poder do Estado...”⁶⁰

Assim, passemos à análise do tipo penal objetivo. Aqui ressaltaremos o núcleo do tipo, as circunstâncias (elementares e ocasionais), os sujeitos (ativos e passivos), a possibilidade de tentativa e a classificação.

Quanto à questão nuclear do tipo, encontramos o verbo apropriar, que significa tomar como sua coisa alheia de que tem a posse. Quanto às circunstâncias – fatos que circundam o tipo, que o completam –, se dividem em elementares e ocasionais. As elementares são aquelas que constituem o tipo penal, são as circunstâncias sem as quais o tipo não existe. As ocasionais são aquelas que vêm expressas em parágrafos. Começemos pelas elementares. Elas se subdividem em materiais (objetivas) e pessoais (subjetivas). As materiais se referem às

⁵⁹ Daí percebermos que quando o Estado define algo, esse algo já havia sido, em outro tempo definido pela sociedade, o que gera o conflito, pois o que passará a valer é a designação do Estado, e não mais aquela primeira, ficando essa, agora, como um cripto-discurso, como um discurso não oficial. Por isso é muitas vezes penoso conceber qual a legitimidade do Estado para determinar algo como crime. Veja-se, por exemplo, a dificuldade para se estabelecer o que é terrorismo. A Liga dos Estados Árabes, criada, como a ONU, em 1945, assim dispõe em seu art. 1º: “*Terrorismo: cualquier acto o amenaza de violencia, cualesquiera que sean sus motivos o propósitos, que es realizado como parte de una agenda criminal individual o grupal y que busca generar pánico entre las personas, causándoles miedo, o que pone sus vidas, libertad y seguridad en peligro, o que busca causar daño al medio ambiente, dañar o ocupar instalaciones o propiedades privadas o públicas, o busca poner en peligro recursos naturales nacionales*” [Terrorismo: qualquer ato ou ameaça de violência, qualquer que sejam os motivos ou propósitos, que é realizado como parte de um trabalho criminoso individual ou de grupo, e que busca gerar pânico entre as pessoas, causando-lhes medo, ou que ponha suas vidas, liberdade e segurança em perigo, ou que busca causar dano ao meio ambiente, danificar ou ocupar instalações ou propriedades privadas ou públicas, ou que busca por em por em perigo os recursos naturais]. (BOTTA, Jorge Paulo. *Los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo en el seno de la Liga Árabe y de la Organización en la Conferencia Islámica*) Percebamos que mesmo assim é bastante vago um conceito sobre uma coisa que não se pode determinar sem dúvidas. Sobre a questão da palavra como reconhecimento do ser, cf. DIP, Ricardo. **Direito penal: linguagem e crise**, p. 64.

⁶⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, v. III p.1134.

condições que são extrínsecas ao agente, e as pessoais se referem às condições que lhe são intrínsecas. Como circunstância elementar material do tipo penal, podemos citar o termo “bem móvel”. Essa é uma das circunstâncias elementares materiais do tipo, vale dizer, se a coisa apropriada não for um bem⁶¹ móvel, não estará presente essa circunstância e, conseqüentemente, não estará presente – caso a coisa apropriada não tenha sido dinheiro ou valor – a tipicidade. Como circunstância elementar pessoal, citamos o termo funcionário público⁶². É condição elementar pessoal do tipo que o agente seja funcionário público, caso contrário, não se verifica a adequação com o tipo penal do peculato. Em se tratando de circunstâncias ocasionais – que também se subdividem em materiais e pessoais –, somos de entender como materiais as constantes nos §§ 1º e 3º do art. 312, vale dizer, são circunstâncias que ocasionalmente ocorrem e que, além disso, são objetivas, se referem a fatores extrínsecos ao agente. No caso do §1º, tal objetividade advém da facilidade para agir que o agente encontra devido à sua qualidade; no caso do §3º, refere-se à extinção da punibilidade e à redução da pena. Quanto às circunstâncias ocasionais subjetivas, notamos que existe somente uma, expressada no §2º. Nesse caso, a subjetividade da circunstância advém da imprudência do agente (o agente é imprudente).

Sobre o núcleo e as circunstâncias, entendemos estar observada a questão. Analisaremos agora a questão dos sujeitos do tipo (ativo e passivo) e da possibilidade de tentativa. Sobre os sujeitos do crime, entendemos que o ativo é o funcionário público, conceito que, como bem distinguiu Cirilo de Vargas, é jurídico, e não natural.⁶³ Sobre o sujeito passivo, digamos que não se encontra um sujeito, um ser que sofra com a ação do tipo, sendo considerado pela doutrina etiológica – forçadamente – como tal a administração

⁶¹ Sobre isso, diga-se que não basta que a apropriação seja de uma coisa, tem de ser de um bem, ou seja, algo que tenha venalidade, que tenha valor comercial. Valendo-nos das palavras de Toledo, aduzimos: “Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso (...) os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de ser o que são, ‘valem’” (**Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 15).

⁶² Aqui podemos falar sobre a construção desse conceito. Note-se que é a própria lei penal que dispõe o que seja funcionário público, no art. 327 do código penal: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Assim, há de ser feita uma observação: não é o próprio tipo penal do peculato que estabelece o que é funcionário público, e sim outra disposição do código penal, resultando que no art. 312 (peculato) o termo funcionário público é norma penal em branco, que se completa com lei de mesma natureza (art. 327) – o que Zaffaroni chamou de norma penal em branco homovitelina, ao contrário das heterovitelinias (as que se encontram em locais que não os de mesma natureza da norma em branco).

⁶³

Cf. VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao Estudo dos Crimes em espécie**, p. 185.

pública⁶⁴, que seriamente merece reflexões⁶⁵. Sobre a possibilidade de *conatus*, temos primeiramente de estabelecer alguns requisitos para sua admissão, tais como a análise do dolo, a materialidade e a plurissubsistência. Quanto ao dolo, sua análise é importante para averiguar a ocorrência de especificidade (dolo específico). No caso em questão, entendemos que o dolo da apropriação seja específico para que resulte em proveito próprio ou alheio, pois seria um equívoco pensar que alguém quereria apropriar-se de algo sem visar algum proveito.⁶⁶ Quanto à materialidade entendemos que sua análise permite uma atuação bastante ampla do ponto de vista garantístico, à medida que não sendo possível percebê-la, fica malograda a possibilidade de se punir uma tentativa. Dessarte, entendemos não haver materialidade no tipo penal do peculato, pois, em virtude de a posse da coisa já se encontrar com o agente, nada muda no mundo exterior com a apropriação da mesma. O que mudou, operou-se somente internamente, somente no interior do indivíduo, não se notou mudança externa alguma. Quanto à plurissubsistência, é outro fator de relevante importância, a fim de averiguar se o verbo admitia divisão, se ele se dividia no *iter criminis*. Entendemos que a plurissubsistência existe no peculato, na medida em que para apropriar-se da coisa o agente necessita efetuar algumas ações distintas, as quais, em virtude da infinidade de exemplos, não precisam ser sequer citadas. Por fim, notamos a presença do dolo e da plurissubsistência, mas, em virtude da imaterialidade nuclear (o núcleo não projeta nenhuma materialidade no mundo) não admite *conatus* o crime de peculato⁶⁷.

A seguir, analisaremos a questão do bem jurídico e do objeto material do delito, bem como as classificações do tipo penal. Sobre o bem jurídico, diga-se que o código penal já estabeleceu em seus títulos quais são os bens tutelados (!). Assim, notamos que o peculato se

⁶⁴

Abrimos espaço aqui para que se consigne a ingerência do Estado no sistema jurídico-penal. A partir de determinado espaço (mais precisamente a partir do título VIII do código penal), o Estado passa a se apresentar como sujeito passivo do crime, suprimindo a figura do indivíduo vítima. Tanto o é que, note-se, a partir de então, os títulos seguintes se referem à agressão a algo público: incolumidade pública, paz pública, fê pública e administração pública.

⁶⁵

Considerando como sujeito passivo o Estado e a entidade de direito público se encontra Delmanto (**Código Penal Comentado**, p. 618).

⁶⁶

Situação em que ocorreria um fato atípico, tendo em vista a atipicidade conglobante (conforme nos sugere Zaffaroni). Em outras palavras, aquilo que o direito não proíbe – ou fomenta – não pode ser tido como excludente de antijuridicidade, e sim de tipicidade, pois o tipo não pode proibir algo que o direito fomenta. Caso contrário, conceberíamos o exemplo – alhures citado – de que um oficial de justiça que seqüestra um bem em uma casa cometeria um furto justificado.

⁶⁷

Em sentido contrário entende Delmanto, ainda que admita a tentativa apenas teoricamente. (**Código Penal Comentado**, p. 618)

encontra sob a insígnia dos crimes contra a administração pública. Isto foi que o legislador considerou como bem jurídico: a administração pública. Todavia, se admiti-la como um bem, tal como a concebemos, já é um exercício mental assaz penoso, quanto mais considerá-la um bem jurídico, ou seja, um bem que, não por suas qualidades, mas por falha dos demais ramos do saber jurídico, adentrou à esfera do sistema jurídico-penal obtendo assim uma legitimidade para ser tutelado.⁶⁸ É importante a análise do bem jurídico porque se o olharmos com atenção, sem esquecermo-nos do princípio da lesividade, conseguiremos impor um certo nível de limite à *potentia puniendi* estatal. Significa que se o princípio *nullum crimen sine iniuria*⁶⁹ for rigorosamente respeitado, muito poucos crimes desse alvitre serão ainda considerados. Isso porque tal princípio nos permite conceber que não nos parece possível, em um raciocínio lógico, perceber como a administração pública – aqui especificando o bem jurídico – pode ser afetada por certos tipos de delito. Urgem então análises mais sérias sobre a relação do princípio da lesividade com os bens jurídicos estabelecidos legalmente.⁷⁰ Quanto à questão do objeto material do delito, digamos *a priori* que não se pode confundi-lo com o bem jurídico tutelado. O bem jurídico é constituído de valores que por não poderem ser protegidos pela ação dos demais ramos jurídicos recebem a tutela do sistema penal, enquanto que o objeto material, é o objeto real, sobre o qual recai a ação do agente. No peculato, o objeto material é a coisa sobre a qual recaem os efeitos da ação delituosa, é a coisa apropriada. Saliente-se que esses efeitos devem advir da prática do verbo que rege o tipo, e não de algum outro fenômeno, caso contrário, estaríamos a admitir uma não-correspondência entre a ação praticada e o resultado que se pune – tendo em vista que o código penal brasileiro adotou a teoria finalista, que entroniza o resultado como elemento-mor para se legitimar uma punição. Quanto às classificações, esclareçamos antes que surgem de interpretações doutrinárias, como forma de entendimento sobre o tipo penal. Expressaremos, das possíveis, seis classificações, a fim de não estender bastante esse ponto. Assim, podemos admitir que o peculato seja um crime próprio na subjetividade ativa, tendo em vista que seu agente ativo somente pode ser o

⁶⁸

Sobre isso, valham-nos as letras de Toledo, quando falava acerca do bem jurídico: “Do ângulo penalístico, portanto, é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.” (**Princípios Básicos de Direito penal**, p. 17).

⁶⁹

Não há crime sem lesão efetiva.

⁷⁰

Novamente, apoiamo-nos em Toledo: “A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes.” (**Princípios básicos de Direito Penal**, p. 19).

funcionário público, propriamente dito⁷¹; é crime monoofensivo, à medida que atinge um só bem jurídico tutelado, a administração pública⁷²; é crime unissubjetivo, à medida que necessita de somente um agente para sua realização; é crime transeunte, à medida que não deixa rastros. Por não se notar uma materialidade, não é possível perceber seus vestígios – a contrário do que ocorre em um crime não-transeunte, no qual, devido à sua materialidade, é possível perceber seus vestígios; é crime plástico, à medida que é crime somente porque a lei assim o declarou. Significa que não é um evento naturalístico, necessitando de elementos plásticos (que podem ser moldados) para seu reconhecimento como crime⁷³; por último, é crime de forma livre, não sendo exigida para sua realização nenhuma forma vinculada, nenhuma forma específica.

Ainda poderíamos realizar uma análise objetiva mais profunda sobre os parágrafos do tipo, como, por exemplo, o §2º, sobre a questão do peculato culposo (em que o agente concorre com sua culpa para o crime de outrem) e a questão do risco não proibido e a idoneidade para ser destinatário de normas, de que nos falava Roxin⁷⁴, ou então, poderíamos citar a relação entre o § 3º (extinção de punibilidade e redução de pena) e a teoria da vulnerabilidade⁷⁵, frente às políticas criminais regidas pelo sistema punitivo vigente. Todavia, devemos nos ater à análise do crime de peculato como um todo, para não nos delongarmos demasiadamente. Assim, passemos à análise do tipo subjetivo do delito.

Por tipo subjetivo do delito, entendemos ser a análise sobre a existência de elementos ínsitos ao agente, vale dizer, como sua intenção se manifesta na sua ação. Assim, percebemos que, como forma básica do delito, é necessária a figura do dolo, pois todos os tipos em geral

⁷¹

Lembre-mos novamente que o conceito de funcionário público advém de norma penal em branco homovitelina, estabelecida pelo próprio *codex*.

⁷²

Quanto à dificuldade de se notar uma lesividade efetiva a esse bem, já nos manifestamos anteriormente.

⁷³

Aqui, deixamos claro que todo crime tem sua dose de plasticidade, tendo em vista que o que vai torna-lo crime é a vontade política. Sobre isso, cf. a nota nº 27, em que já nos manifestamos, citando Nilo Batista e Juan Bustos Ramirez.

⁷⁴

Sobre isso, veja-se o trabalho de Roxin, **A culpabilidade e sua exclusão no Direito penal**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, publicação do IBCCRIM, nº 46, p. 46 e segs.

⁷⁵

Somente a título de clarificação, esclarecemos que a teoria da pena baseada na vulnerabilidade do agente é por demais importante, no sentido de que notamos a atuação do Estado de forma análoga a uma equação inversa: o Estado deveria resguardar seu poder punitivo somente ao indivíduo do qual mais se pode cobrar, deixando de aplicá-lo ao indivíduo do qual não se pode cobrar tanto; todavia, o que ocorre é o inverso: aplica-se a pena aos indivíduos dos quais não se pode cobrar muito, em virtude de sua vulnerabilidade, e não se aplica aos indivíduos dos quais mais se poderia cobrar.

são dolosos, salvo quando a letra da lei manifeste o contrário, situação que ocorre no §2º do peculato, dando azo também à punição a título de culpa. Portanto, notamos, na análise do tipo penal subjetivo, a existência do dolo e a possibilidade da culpa, salientando que no caso da modalidade culposa, não há que se discutir sobre a possibilidade de tentativa.

A seguir, passaremos a analisar os elementos do tipo. Nessa empresa, os analisaremos segundo três interpretações, vale dizer, três modos distintos de perceber a existência dos elementos do tipo, a saber, a visão de von Beling, de Erik Wolf, e de Assis Toledo.

Antes, esclareçamos que o debate sobre os elementos do tipo se dá, em parte, em torno das características de serem descritivos ou normativos. Descritivos são os elementos que não clamam por uma valoração exterior, *de per si* já bastam para a concepção do intérprete sobre seu significado. Normativos são os elementos que não se bastam, clamam por uma valoração exterior, a qual o intérprete deve empreender para buscar o sentido do termo. Essa busca pode se dar em outra norma – que dependendo do *locus* em que seja encontrada será considerada homovitelina (da mesma natureza da norma do termo vago) ou heterovitelina (de natureza diversa da norma onde se encontra o termo) – ou pode-se dar em outros fatores que permitam a tal percepção, como fatores sociais, culturais, antropológicos etc.

Começemos pela interpretação de von Beling. Esse penalista alemão concebeu os elementos do tipo como sendo todos descritivos, isto é, todos os elementos do tipo penal descrevem a conduta do agente de modo satisfatório à apreensão de sua prática⁷⁶. De modo diverso, encontramos a interpretação de Erik Wolf, outro penalista alemão que notou os elementos do tipo, todos, como normativos, isto é, não é possível ao intérprete perceber o real sentido de nenhum dos elementos do tipo sem um exercício de valoração exterior, devendo buscá-la em outros lugares que não no próprio tipo penal.

Por último, citemos a análise de Toledo, que entendemos ser a mais acertada. Toledo concebeu os elementos do tipo como objetivos e subjetivos, é dizer, pode conter o tipo elementos que digam com a situação fática, e que digam com o agente. Os objetivos se dividem em descritivos e normativos, os quais podem coexistir no mesmo tipo penal. Os subjetivos se dividem na análise do dolo e de outras intenções. Aqui lembramos o que antes

⁷⁶

Cf. VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao Estudo dos Crimes em Espécie**, p. 109 e segs.

foi dito⁷⁷ sobre o fato de uma circunstância poder ser tratada como elemento do tipo, por exemplo, porque o sentido da palavra depende do contexto em que ela é usada. Assim, como elemento objetivo descritivo do tipo, citamos, à guisa de exemplo, o termo “proveito próprio”. Esse elemento é, a nosso ver, objetivo descritivo pelo fato de descrever uma característica do tipo penal sem necessidades maiores de entendimento. Por elemento objetivo normativo, citamos, a título de exemplo, os termos “funcionário público”, “valor” e “qualquer outro bem móvel”. São elementos objetivos normativos os citados termos porque todos eles necessitam de uma valoração externa para seu cabal entendimento. Essa necessidade de valoração externa faz com que a taxa de arbitrariedade do intérprete possa chegar a níveis imódicos de irracionalidade, pelo que deve ser empreendida uma forte atuação da interpretação restrita nesses elementos, a fim de não permitir o alargamento das conseqüências penais.⁷⁸ Quanto aos elementos subjetivos, no que tange ao dolo, constatamos sua presença, já que todo tipo penal, em tese, é doloso. Quanto às outras intenções, não as vislumbramos no tipo penal analisado, sendo certo que sua ocorrência deve ser expressa, vale dizer, para dizer-se que existem outras intenções em determinado tipo penal, deve-se notar no texto do tipo alguma expressão que diga essas outras intenções, e não deduzi-las ao próprio alvedrio.

Por último, somos de analisar a pena do crime de peculato e a pertinente ação penal. Sobre a pena do peculato, o código penal a fixa como sendo de reclusão, abstratamente de 2 a 12 anos. Sobre isso, nos manifestamos perante o largo parâmetro estabelecido (2 a 12 anos), e quanto à sua (des)proporcionalidade⁷⁹. Tal desproporção é notável, se observarmos o potencial ofensivo do crime de peculato em relação a outros delitos, como o homicídio culposo, o estupro etc. Isso porque, note-se, se o código penal, para proteger os bens jurídicos que pretende tutelar comina uma pena para realizar essa proteção, é de se deduzir que as penas maiores fiquem cominadas aos delitos que atentem contra os bens jurídicos mais preciosos. Assim, parece-nos que o Estado passa por sobre essa consideração munido de ardis

⁷⁷

Sobre a questão de um termo poder ser representado por várias palavras, de acordo com a interpretação que dele se faz, ver nota nº 59.

⁷⁸

Sobre isso, Toledo já se manifestara: “Esse problema [quando falava da proibição de analogia *in malam partem*] agrava-se quando, no tipo, encontramos elementos normativos. Dependendo eles de um juízo valorativo, ensejam a interpretação restritiva ou ampliativa. É óbvio que o princípio do *in dubio pro reo*, bem como o da prevalência dos elementos descritivos sobre os normativos, além dos já mencionados critérios sistemático e teleológico, constituem pontos de referência seguros para a decisão final sobre a ampliação ou restrição do preceito que se quer interpretar”. (**Princípios Básicos de Direito Penal**, p. 28).

⁷⁹

Sobre a devida proporção da pena, ouçamos o que nos dizia Voltaire: “Cumpra punir, mas não às cegas. Punir, mas utilmente. Se a justiça é pintada com uma venda nos olhos, é mister que a razão seja seu guia”. Tal citação de Voltaire, a encontramos em LACERDA, Bruno Amaro. **Teorias Esquecidas da Justiça**, p. 74.

e considera mais preciosos que a vida, a liberdade etc. alguns bens – jurídicos – de origem duvidosa. Imagine-se o exemplo de um homicídio culposo em acidente de trânsito, pelo qual produzem-se várias vítimas fatais. A pena cominada a esse tipo de delito é de 1 a 3 anos, conforme dispõe o art. 121, §3º do código penal. E mais: opera-se a substituição da pena, conforme disposição do art. 44 do mesmo código: “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando (...) qualquer que seja a pena aplicada o crime for culposo”. Por outro lado, o peculato tem pena abstrata bem maior que a do homicídio culposo, e, no entanto, naquele nota-se a produção de muito mais desastrosos efeitos do que nesse. Isso nos leva a pensar novamente a questão da gravidade e importância das penas no sistema jurídico-penal brasileiro.

É de se notar, quanto à ação penal pertinente, um aspecto interessante, que, mais uma vez, nos torna patente a força do poder punitivo vigente. Como sabido, a ação penal pertinente é pública e incondicionada. É promovida pelo Ministério Público, que passa a ser titular da ação, representando o Estado, suprimindo a figura da vítima. Isso muito nos lembra o que dizia Cirilo de Vargas, sobre o fato de que assim, tal órgão passa a ser o perseguidor oficial, e não protetor da sociedade, como se pretende. Isso porque o Estado, representado por esse órgão, tem o *ius persecuendi*, ou direito de perseguir à sua disposição, no sentido de que tal órgão se torna legítimo para promover uma ação contra o indivíduo, e não apenas no crime de peculato, mas em todos eles – até, inclusive, nos crimes que necessitam da queixa do indivíduo, pois note-se, esse tipo de ação é de iniciativa privada, a vítima somente inicia a perseguição, deixando o restante a cargo do referido órgão – pelo que notamos um alargamento do poder punitivo nas práticas jurídicas⁸⁰. O ponto que demonstra mais alta

80

Sobre esse alargamento da atuação do poder punitivo, digamos que o Direito Penal é exercido pelas agências jurídicas, não pelas políticas (aqui compreendendo-se também as agências legisferantes) ou executivas. Por essas é exercido o poder. Ocorre que, se o poder punitivo é exercido pelas agências políticas e executivas, a atuação das agências jurídicas deve ser pautada com o Direito Penal, pois, caso contrário, se elas não pautarem sua ação no Direito Penal, terão de ser consideradas um neo-poder punitivo, como uma modalidade de atuação do poder punitivo sobre elas. Sobre isso, parece-nos que já é possível notar a atuação desse poder sobre algumas agências jurídicas, como por exemplo, o órgão do Ministério Público, que, como disse Cirilo, passou a ser o perseguidor oficial. Saliente-se ainda que embora seja uma agência jurídica, tal órgão não integra aquele outro, chamado judiciário, o qual pretensamente (ou absurdamente) tem-se querido intitular Poder Judiciário, expressão altamente contraditória, a nosso ver. Sobre isso, digamos ainda que muito se tem debatido sobre a qualidade de órgão ou poder das instituições estatais, e que Montesquieu foi quem tomou essa questão por discussão, mas não foi ele próprio que idealizou a famigerada teoria da separação de poderes. Não há em sua obra (*De l'esprit des lois*) passagem que cite a expressão “separação de poderes”. Montesquieu pode sim, ter dado fulcro à teoria publicista, segundo a qual não é o Estado dividido em poderes, e sim em funções, as quais atuam em harmonia: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*” (*Livre XI, chapitre IV*) [Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. Livro XI, capítulo IV]. Ronaldo Brêtas, em seu livro intitulado Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional, lembra-nos ainda que Montesquieu “não concebeu uma teoria da separação absoluta

atuação desse poder, é o que se encontra na disposição do §3º do art.100, a permissão para que nos casos de crime de ação pública, possa haver a iniciativa privada, caso o Ministério Público não tenha oferecido a denúncia no prazo legal. Ora, essa tal ação de iniciativa privada subsidiária da pública torna patente que um dos mais altos interesses do Estado, é promover uma ação penal contra quem quer que seja, não importando para isso quem lhe dê início.

A seguir, passaremos à capitulação e breve observação dos demais tipos penais que se encontram sob a insígnia de crimes contra a administração pública, os quais, não obstante estejam sob a disposição do título dos crimes contra a administração pública, se desdobram e vários capítulos.

PARTE III – ANÁLISES TEMÁTICAS

CAPITULAÇÃO: UM OLHAR TEMÁTICO

Analisemos então, os tipos penais restantes do título analisado. Todavia, o faremos de modo temático, vale dizer, tomaremos para observação apenas os tipos penais que ao nosso ver são mais relevantes nos capítulos restantes.

Logo ao começo de nossa pretensão, encontramos um crime que merece as devidas críticas. Trata-se do disposto no art. 314 do código penal, sob o *nomem iuris* de extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento. Tal crime deve ser observado pela óptica da subsidiariedade do Direito Penal, vale dizer, esse ramo do saber jurídico não deveria acolher à sua proteção tal evento, tendo em vista que outros ramos jurídicos bem o resolveriam, como o direito civil, pela via da responsabilização pelo ato lesivo, por exemplo.⁸¹ Mais à frente, encontramos o crime de corrupção passiva (art. 317). Aqui, novamente, somos de entender

ou rígida dos poderes do Estado, mas desenvolveu a idéia de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio, com o objetivo de garantir a liberdade individual”. Nesse sentido, “o Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade” (FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos Administrativos pelo poder judiciário**, 1979).

⁸¹ “Fica assente, contudo, que qualquer ato ilícito praticado pelo Estado, por meio e seus órgãos e agentes, implicam responsabilidade e reparação de dano, ainda que sob o prisma da responsabilidade subjetiva” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**, p. 98). O mesmo Venosa, falando da responsabilidade do Estado cita mais à frente Cavalieri: “A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva...” (Ibidem, p. 103).

que a disposição desse evento como crime no código fere o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Não se pode permitir que a um ato seja aplicada toda a potencialidade que o sistema penal detém somente por ele ser antijurídico, culpável e típico. A punição deve ser útil e necessária, mas, antes disso, deve ser considerada como a última possibilidade de resolução para o conflito⁸², o que, nesse caso, não conseguimos admitir, já que o problema seria perfeitamente resolvido nas esferas administrativas e civis do poder estatal. Prosseguindo, deparamo-nos com o delito de violação de sigilo funcional (art. 325). Aqui, notemos apenas um fato que corrobora a tese de lesão aos princípios da subsidiariedade e do *nullum crimen sine iniuria*, que é o fato de, após estabelecer uma pena de 6 meses a 2 anos de detenção para o *caput*, o parágrafo 2º estabelece que “se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: pena – reclusão, de 2 a 6 anos”. Ora, como se não bastasse o fato de não se saber qual o parâmetro utilizado para estabelecer a pena abstrata do tipo, ainda teve-se o disparate de dizer no referido parágrafo um achincalho como esse. Significa então que o *caput* está a punir uma conduta não lesiva, o que é inadmissível em matéria de principiologia penal⁸³. Mais adiante encontramos também o art. 333 (corrupção ativa). Aqui, notemos que trata-se de crime instantâneo, consumando-se com o mero oferecimento ou a promessa de vantagem indevida⁸⁴, sendo que, caso o funcionário público realize o almejado pelo agente, a pena aumenta-se de um terço. Quanto ao capítulo II-A (crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira), notamos a presença de alguns tipos penais existentes no capítulo anterior, porém agora, a pretensão punitiva do Estado se alarga, à medida que pune aos atos que supostamente influiriam prejudicialmente nas transações comerciais estrangeiras. No capítulo dos crimes contra a administração da justiça, encontramos uma marca do sistema inquisitorial e da manipulação pelo medo no art. 342 (falso testemunho ou falsa perícia). Aqui, ameaça-se o indivíduo com uma pena de 1 a 3 anos de reclusão – pasmem-se – para que o mesmo preste informações

⁸²

Lembrando-nos do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.

⁸³

De modo diverso, o código penal alemão dispõe (em seu art. 353b.) que aquele que revelar um segredo que lhe foi confiado e que, com essa revelação ponha em perigo importantes interesses públicos será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos (*Código Penal Alemán, traducción por Claudia Lopez Diaz*, versão publicada em 1999). Note-se que aqui, foi mencionado que o agente será punido caso a revelação do segredo venha a por em perigo algum interesse público (o que ainda permite uma margem de arbítrio), ao contrário do código penal brasileiro, que instituiu no *caput* a punição para o delito, sem que esse produza lesão a algum bem jurídico, sendo exato que somente no §2º é que expressou uma punição quando houver lesão a bem jurídico.

⁸⁴

Quanto a isso, o código penal alemão dispõe de forma similar ao art. 333 do código penal brasileiro. No entanto, estipula a pena privativa de liberdade de 3 meses a 5 anos, e nos casos menos graves, estipula a pena de privativa de liberdade em até 2 anos, com possibilidade de multa (*Código Penal Alemán, traducción por Claudia Lopez Diaz*, versão publicada em 1999).

verdadeiras enquanto testemunha ou perito em determinado processo. Ocorre que, tal é a falta de lesividade e de materialidade da ação que, se antes da sentença no processo em que se deu o evento o agente se retratar, o fato deixa de ser punível. Isso só nos faz perceber que outros ramos do saber jurídico (no caso, o ramo processual) pretendem utilizar-se do poder punitivo para obter certa dose de segurança (!), evitando o uso de meios menos desgastantes. Isso se percebe ainda nos artigos 344 (coação no curso do processo) e 347 (fraude processual), bem como no 348 e 349 (favorecimento pessoal⁸⁵ e favorecimento real). Por último, fazemos uma observação ao art. 359-C (assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura). Tal tipo penal em muito parece ser um disparate, um verdadeiro (des)ajustamento do poder punitivo, pois, note-se, qual a finalidade em dispor no código tal crime? Qual será a taxa de encarcerados por sua prática? Essas e outras indagações pertinentes parecem ficar em parte satisfeitas, quando olhamos para os estabelecimentos penais de atualmente, onde, como já dito, notamos a existência de, somente, determinado grupo de indivíduos.

Após esgotarmos os propósitos deste trabalho, podemos caminhar para as vias conclusivas.

CONCLUSÕES

Nas presentes linhas, tentamos delimitar, em breves explicações, alguns aspectos que interagem fortemente com a interpretação jurídica, tais como a questão das influências que o saber jurídico-penal recebeu nos séculos anteriores, mormente no século XIX, como fruto dos debates positivistas, e a constância dessas influências até os dias da atualidade nas práticas discursivas. Não obstante, perpassamos pelas influências que a escola clássica legou ao sistema jurídico-penal, bem como os choques entre uma e outra doutrina.

Em seguida, analisamos os processos de alienação social, vendo, conjuntamente, a questão das agências criminalizantes e vitimizantes, que colaboram para o desaparecimento de uma crítica autônoma partida de um indivíduo. Nesse ponto, concluímos que a supressão da possibilidade de o indivíduo realizar uma crítica autônoma é produto da conjugação das duas agências, dentre outros fatores. Observamos também, a ocorrência da criminalização primária e secundária, bem como os processos íntimos de vitimização.

⁸⁵

Com escusa de pena se o agente que homiziar o autor do crime for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do mesmo.

Em continuação, vimos a questão da prisionização e da estigmatização que recaem sobre certos indivíduos, anteriormente selecionados. A prisionização, como sendo o ato pelo qual um indivíduo é encarcerado, passando a viver sob certas regras e normas de conduta, e a estigmatização, como sendo a supressão da auto-nomia do indivíduo, à medida que ele passa a ser reconhecido por estéreio-tipos, por preconceitos que lhe concebem com integrante de determinada casta.

Após essa fase introdutória, passamos a fazer uma abordagem sobre o tipo penal, e mais à frente, procedemos à uma análise dogmática, tendo como objeto de estudo o crime de peculato. Ali analisamos o tipo objetivo, o tipo subjetivo e os elementos do tipo, empreendendo interpretações que se enquadrassem nos moldes garantísticos. Assim, pudemos discorrer sobre questões como circunstâncias elementares do delito, possibilidade de *conatus*, elementos normativos etc., bem como sobre o bem jurídico tutelado.

Por fim, empreendemos uma capitulação dos crimes mais notáveis que se encontram no código penal, fazendo sobre eles alguma consideração pertinente.

Intentamos aqui estabelecer alguns princípios, estabelecer uma análise sobre os crimes contra a administração pública de modo crítico e garantista, na busca de entendimentos mais acurados para uma interpretação do saber penal. Esse fenômeno (saber penal) deve ser seriamente pensado e estudado, para que não hajam extravagâncias e exageros nas interpretações, para obtermos entendimentos mais justos sobre os fatos que se nos apresentam.

Em linhas finais, digamos que uma atuação e interpretação séria e comprometida, pautada no efetivo Direito Penal ainda há de reclamar a ilegitimidade de muitos dos tipos penais que temos em nosso código, principalmente os do âmbito estudado, vale dizer, crimes contra a administração pública, por serem passíveis de resolução em outras áreas que não a do sistema penal. Inevitavelmente teremos de caminhar por esse rumo, se quisermos dar mostras de alguma evolução do nosso pensamento jurídico-penal.

OBRAS CONSULTADAS

BARTHES, Roland. **A mensagem fotográfica**, In Teoria da Cultura de Massa, Ed Paz e Terra, 5ed, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Ed Revan, 8ed., Rio de Janeiro, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed Martin Claret, São Paulo, 2003.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria da penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Ed Edijur, São Paulo, 2002.

BOTTA, Jorge Paulo. *Los Instrumentos Internacionales de Lucha contra el Terrorismo en el Seno de la Liga Árabe y de la Organización de la Conferencia Islámica*.

BRÊTAS, Ronaldo. **Responsabilidade pela função jurisdicional**.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal – parte geral**. São Paulo.

CARRARA, F. **Programa do curso de direito criminal – parte geral, volume I**. Ed LZN, 2002.

CARVALHO, Salo de & CAVALLARO, James Louis. *Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America: Towards an Agenda for Collaborative research in the 21st century*. Artigo publicado pela universidade do Texas em maio de 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil. Ed Saraiva, São Paulo, 2005.

Constitución De La Nación Argentina, 1994.

Constitución Española, 1978.

Constituiton de France, 1958.

Código de Derecho Canónico. Bilingüe y comentado. Ed Biblioteca de Autores cristianos, 1951.

Código de Hamurabi. Ed Edipro, São Paulo, 2000.

Código de Manu. Ed Edipro, São Paulo, 2000.

Código Penal Alemán, traducción por Claudia Lopez Diaz, versão publicada em 1999.

Código Penal Brasileiro. Ed Saraiva, 2ed., São Paulo, 2006.

CYSNEIROS, Amador. **Direito penal soviético.** São Paulo, 1918.

D'AMATO, Anthony. *Is International law really 'law'?* Artigo publicado em 1985.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** Ed Renovar.

DIP, Ricardo. **Direito Penal: linguagem e crise,** Ed Millenium, 1ed, Campinas, 2002.

DÜRKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** Ed Martin Claret, São Paulo, 2004.

EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum.*

FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle.* Roma, 1905.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Ed. Graal, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Ed Vozes, 29ed., Petrópolis, 2004.

FREITAS, Cláudio José de. **Os costumes e as leis em Montaigne.** In: Revista da FADOM, n°1, Divinópolis, 1998.

FREITAS, Cláudio José de. *Reflexiones sobre el concepto de "cultura afirmativa" en Marcuse.* In: Revista da FADOM, ano 35, n° II, Divinópolis, 1º semestre de 2001.

GINGRICH, F. W. & DANKER, F.W. **Dicionário léxico grego/português**. São Paulo, 1991.

HASSEMER, Wienfried. **Processo penal e direitos fundamentais**. In: Revista Jurídica Del Rey, ano 8, nº 16, Belo Horizonte, 2006.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. **A legítima defesa putativa**. Ed Jacintho, Rio de Janeiro, 1936.

HULSMAN, Louk & J. B. de Celis. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. Ed. Luam, 2ed, Rio de Janeiro, 1997.

LACERDA, Bruno Amaro. **Teorias esquecidas da Justiça**. Ed Líder, Belo Horizonte, 2006.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **O Direito penal hispano-luso medievo – suplemento**. Imprimido na tipografia da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1961.

MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **Tabu, pecado e crime – Estudo sobre a origem, a natureza e a finalidade da pena**. Ed Gráfica Guimarães, Belo Horizonte, 1949.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Ed. Martin Claret, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal – parte geral**. Ed Atlas, 21ed., São Paulo, 2004.

NEW CONSTITUTION OF NEW ZEALAND, 1986.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do Direito penal**, ED Revista dos Tribunais, 2002.

PENNA, Rejane. **Polícia e poder no Estado-novo**. In: Revista Diálogo, nº 2, 2001.

PLATÃO. **A República**. Ed Martin Claret, São Paulo, 2004.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*. Artigo publicado em *Nuevo Foro Penal*, nº32, 1986.

Relatório da Casa de detenção da Corte, 1874. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 35, Ed Revista dos Tribunais, ano 2001.

ROXIN, Claus. **A culpabilidade e sua exclusão no direito penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, publicação do IBCCRIM. Ed Revista dos Tribunais, ano 12, janeiro-fevereiro de 2004.

RÜDIGER, Francisco. **Condição humana, violência política e poder tecnológico em Hannah Arendt**. In: Revista Comunicação & Política, volume IX, nº2, Rio de Janeiro, maio-agosto de 2002.

SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Ed. Forense, 5ed., 1979.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico – volume III**. Ed Forense, Rio de Janeiro, 1978.

SIMÕES, Elaine Amaro Leite. **A epopéia dos miseráveis: superlotação e morte na Divisão de Crimes Contra o Patrimônio de Minas Gerais**. Dissertação publicada em Belo Horizonte, 2005.

SIMÕES, Rodrigo Lemos. **Ciência e poder: profilaxia social e as novas perspectivas a respeito do homem criminoso**. In: Revista Diálogo, nº 2, 2001.

TEIXEIRA, Irapuan. *The Matter About the truth*. In: Revista da FADOM, ano 35, nº II, Divinópolis, 1º semestre de 2001.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Ed. Forense, 2ed., 1980.

TOLETO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. Ed. Saraiva, 5ed., São Paulo, 2002.

VARGAS, José Cirilo de. **Introdução ao estudo dos Crimes em espécie.** Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal.** Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – responsabilidade civil.** Ed Atlas, São Paulo, 2005.

ZAFFARONI, E. R. & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I.** Ed Revan, 2ed., Rio de Janeiro, 2003.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade.** Ed Revan, Rio de Janeiro, 2001.