P A N Ó P T I C A

APONTAMENTOS SOBRE A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NA FASE PRÉ PROCESSUAL DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Bruno Augusto Vigo Milanez
Universidade Federal do Paraná – UFPR

1. INTRODUÇÃO

Sob o aspecto dogmático, conceitua-se a *persecução penal* como "*a apuração e o esclarecimento dos fatos [em tese delituosos] e de todas as suas circunstâncias*"[1]. O mesmo fenômeno, abordado sob o viés criminológico, é conceituado sinteticamente como "*um processo de seleção progressiva*"[2], tendente à manutenção das relações de poder existentes na sociedade capitalista[3].

Este processo de seleção – verificável empiricamente desde a escolha arbitrária de tipos penais (**seletividade primária**) à eleição dos criminalizados (**seletividade**

[1] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 57.
[2] ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221.
[3] QUINNEY, Richard. **O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal**. *In*: YOUNG, Jock, *et alii*. Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980, p. 236: "*De acordo com a inteligência liberal, o Estado existe para manter a estabilidade na sociedade civil. O direito é considerado, conseqüentemente, como um corpo de regras estabelecidas através de consenso, por aqueles que são governados, ou, ao contrário, pelos 'representantes' dos governantes. Uma tal noção do Estado e de seu direito apresenta uma falsa realidade, mas uma realidade que serve àqueles que se beneficiam de uma tal concepção – os que governam.*
Uma posição alternativa alcança o significado mais profundo da existência do Estado e da ordem legal. Contrariamente à visão dominante, o Estado é criado por aquela classe da sociedade que tem o poder para impor sua vontade sobre o resto da sociedade. O Estado é, assim, uma organização política real, mas artificial, criada pela força e coerção. O Estado é estabelecido por aqueles que desejam proteger sua base material e têm o poder (por causa dos meios materiais) para manter o Estado. O direito, na sociedade capitalista, dá reconhecimento político aos interesses privados poderosos." – g.n. –

secundária) – não se dá apenas através de procedimentos formais do sistema de justiça criminal, mas também através daqueles informais ou extraoficiais[4].

Verifica-se, assim, que a seletividade se apresenta (**a**) como um *processo de filtragem* e *controle social multifatorial*, que se desenvolve através de critérios formais e informais de controle social e (**b**) dentro dos processos formais de controle, em *etapas graduais*, iniciando-se na fase pré-processual da persecução penal e encontrando seu ponto final na fase de execução penal.

O objetivo do presente ensaio é perscrutar alguns fatores que contribuem para afirmar a seletividade do sistema criminal de justiça na fase pré-processual da persecução penal, abordando-se inicialmente a dicotomia aparente – porém que se apresenta, em realidade, como relação de complementaridade[5] – havida entre os meios informais e formais de controle social, bem como os critérios de seleção e a gradatividade do sistema formal de controle social.

2. MEIOS FORMAIS E INFORMAIS DE CONTROLE SOCIAL: O DIREITO PENAL COMO UMA FORMA DE CONTROLE SOCIAL FORMAL, PORÉM NÃO A ÚNICA

Dentre os diversos aspectos sob os quais é possível abordar o fenômeno social, dois merecem relevo. Sob esta análise, a sociedade pode ser pensada em seu aspecto *estrutural de*

[4] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 221: "Esta filtragem de modos de comportamentos sociais desviantes, da percepção oficial (suspeita de fato) até a conclusão da criminalização (condenação), não se realiza somente conforme critérios de procedimentos formais do Sistema de Justiça Criminal. Controle social informal já é amplamente realizado na área precedente. Origem, educação, posição sócio-estrutural, formação escolar e profissional, são variáveis centrais de determinação, que controlam a filtragem no Sistema de Justiça Criminal e, finalmente, produzem o '**homo juridicus criminalis**'."

[5] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 236: "Controle social, que se desenvolve coletivamente além do controle estatal organizado da criminalidade, é frequentemente posto em uma contradição com a persecução penal estatal da criminalidade. Enquanto se faz de conta que o controle social jurídico-penal somente seria desencadeado por denúncias oficiais, provoca-se a impressão de que o controle social formal e informal seria dois setores separados. Este (...) não é o caso."

poder[6], marcado por **relações de centralização/marginalização**[7] e sob seu aspecto *conjuntural*, enquanto **complexo de regras de conduta**.

A relação dialética existente entre as estruturas de poder e as regras de conduta que compõem a sociedade pode ser visualizada enquanto um processo de controle social, exprimindo dois aspectos:

> "(...) por um lado, o conceito exprime o processo de atuar **do exterior** sobre o comportamento humano, o que não está automaticamente contido no 'Direito'. Por outro lado, o 'controle social' é visto como um processo que ocorre **entre** os próprios homens.'[8] – grifos no original –

O *âmbito de controle social*[9] – assim como os mecanismos encarregados de ocultá-lo – *é extremamente amplo*[10], possuindo setores *formais* e *informais*, que atuam conjuntamente[11].

Os procedimentos *informais de controle* são caracterizados ontologicamente por "*não se funda[rem] em determinações legais*"[12], tendo por objetivo primário a função de *integração social*[13]. Assim, por exemplo, a escola, a família e a religião[14].

---

[6] Os reflexos da estruturação de poder inerente à sociedade capitalista – assim como seu reflexos no sistema de direito criminal – podem ser evidenciadas em: QUINNEY, R. **O controle ... op. cit.,** p. 227: "*(...) o direito criminal não é autônomo em relação à sociedade, mas é, ele mesmo, uma construção, criada por aqueles que estão em posições de poder. A administração da justiça é uma atividade humana, social, que é construída na medida em que vários agentes legais interpretam e impõem sua ordem sobre aqueles que eles selecionam para processar (Cicourel, 1968). A realidade social do crime é, assim, um processo de construção pelo qual as leis criminais são estabelecidas e administradas, comportamentos são desenvolvidos em relação àquelas definições criminais, e concepções de crime estão, sempre, sendo construídas (Quynney, 1970a).*"

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1 – Parte Geral. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 56: "*O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se 'controla' socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre os grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não debilitar-se (mesmo na sociedade de castas, os membros das mais privilegiadas não podem casar-se com aqueles pertencentes a castas inferiores).*

Deste modo, todas as sociedades têm uma estrutura de poder (político e econômico) com grupos mais próximos e grupos mais marginalizados do poder, na qual, logicamente, podem distinguir-se graus de centralização e de marginalização. Há sociedades com centralização e marginalização extremas, e outras em que o fenômeno se apresenta mais atenuado, mas em toda sociedade há centralização e marginalização do poder."

[8] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 223.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**. v. I. Bogotá: Editorial Themis S. A., 1988, p. 15: "Si observamos superficialmente nuestra realidad, es decir, sin necesidad de emplear ningún instrumental teórico ni de campo de mucho refinamento, vemos que em nuestras sociedades hay una manifestación del control social que, si bien forma parte del control social general, se caracteriza por usar como médio uma punición institucionalizada, esto es, por la imposición de uma cota de dolor o privación legalmente previstos, aunque no siempre mostrados como tales por la misma ley, que puede asignarle fines diferentes."

[10] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 56.

[11] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 229: "A forma de controle social desdobrada por meio de normas informais, contudo, não é de se considerar isolada dos mecanismos de eficácia do controle social formal." No mesmo sentido, cf., ZAFFARONI, E. R. **Criminología ... op. cit.,** p. 15-20.

[12] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 224.

Por seu turno, os procedimentos *formais de controle* são caracterizados pela positividade de suas regras – incorporadas no ordenamento jurídico através do devido processo legiferante – , objetivando, eminentemente, *integração sistêmica*[15]. Dentre os diversos procedimentos formais de controle encontramos o *sistema penal*[16], que pode ser analisado sob um ângulo ampliado e sob outro restrito.

Naquele sentido, conceitua-se sistema penal como "*o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação*"[17] Engloba-se, aqui, (**a**) do ponto de vista *normativo*, as regras que compõe o ordenamento jurídico-penal e (**b**) do ponto de vista *institucional*, as atividades da Polícia, Magistrados, órgão do Ministério Público, funcionários encarregados da execução penal etc.

Em sentido ampliativo, é possível definir sistema penal como "*controle social punitivo institucionalizado, nele se [incluindo] ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal.*"[18] Aqui, para muito além do sistema penal, encontram-se as regras que se

---

[13] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 225-6: "As **normas de controle social informal** visam, em primeiro plano, a **integração social**. Sua tarefa é assegurar, nas esferas inferiores da organização das sociedades, um curso amplamente sem atritos e livre de tensões. Quanto às normas informais,ao contrário das regras formais positivadas, trata-se de regras de comportamento extrajurídicas, que podem ser reconduzidas à prática, ao costume, ao uso, à tradição ou à moral. A forma de controle social fundada em normas informais pode se servir, por um lado, de meios psíquicos como zombaria, desprezo, perda de status, ofensa à honra ou ruptura de relação social. Por outro lado, também pode recorrer a meios físicos, como a violência. Além disso, existem extensas possibilidades econômicas, como a perda do lugar de trabalho e do rendimento, para tornar socialmente eficaz o controle informal."

[14] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 57: "Assim, por exemplo, os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população, em geral, perceba isso como 'controle social', e sim como formas de recreação. Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a essa essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica etc."

[15] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 226: "Ao contrário, as **normas de controle social formal** objetivam, primariamente, a **integração sistêmica**. Elas devem possibilitar o governo e o controle estatais de inteiros subsistemas sociais."

[16] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 63: "O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de que freqüentemente, inclusive nesse âmbito, se tratou de encobrir tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva). Dentro do sistema penal, como veremos de imediato, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, de modo que sua importância, embora inegável, não é tão absoluta como às vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites."

[17] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 63.

[18] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 64: "Não se pode ignorar que fazem parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores

situam, **em tese**, fora do sistema de justiça criminal, porém que possuem *funções veladas* análogas às desse sistema[19].

Em decorrência da *ideologia*[20] que hoje se nos apresenta – mormente aquela dissipada pelos meios de comunicação em massa, que orientam, permeiam e influenciam as decisões políticas e, mais genericamente, a ação social – o direito penal aparece como *tábua de salvação* para a grande maioria dos problemas e mazelas sociais com os quais nos deparamos.

O contradiscurso criminológico crítico desvela o discurso tradicional – vendido como panacéia –, demonstrando, **por um lado**, a maior efetividade das regras informais de controle social e, **por outro**, que o direito penal exerce função ínfima em detrimento dos outros setores formais e informais de controle:

> "*A programática social, que subjaz ao desdobramento das normas de controle social informal aqui referidas, é extremamente estratificada. Pois, diferente do que ocorre no âmbito do Sistema de Justiça Criminal, no qual um programa de normas criado para fins próprios de controle fornece as correspondentes indicações de conduta e trabalho, na relação social cotidiana dos indivíduos realiza-se, igualmente, em numerosos contextos de ação, controle social oculto. Ao contrário do controle social do Sistema de Justiça Criminal, esta forma de controle adéqua-se frequentemente melhor, por sua* ***latência, maior efetividade e menor visibilidade****.*'[21] – grifos no original –

Verifica-se, portanto, dentro da tessitura social, que existem diversos meios (formais e informais) de controle social, de modo que tomar o sistema de justiça criminal – e mais especificamente o Direito Penal – como a única, ou mesmo a principal, modalidade de

---

marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc. já em um sentido mais amplo, podem ter conteúdo sancionatório ações que se encobrem em discursos de tipo terapêutico ou assistencial, como os que se encobrem sob a ideologia psiquiátrica ou a institucionalização de velhos."

[19] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 225: "As normas fora do Sistema de Justiça Criminal, que existem e são efetivas no âmbito do controle informal e formal, não são propriamente talhadas para a prevenção da criminalidade. Ao contrário, elas apontam, no nível conceitual das explicações gerais da sociedade, para uma das mais importantes funções, que toda sociedade precisa apresentar, se pretende subsistir. Esta função específica consiste na produção de integração social."

[20] O significado da expressão *ideologia*, para os limites do texto, será aquele exposto por WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 75: "*É a ideologia entendida como falsa consciência das relações de domínio entre as classes – ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro – ideologias são idéias erradas, incompletas, distorcidas, dissimulações sobre os fatos ou sobre a realidade social – ideologia, portanto, como enuncia Chauí, é 'um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos), de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado'.*"

[21] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 229.

controle e regulação de condutas humanas, implica em um reducionismo espistemológico inaceitável[22]. Falar em controle social pressupõe a tratativa de um fenômeno plural e multifatorial:

> "*Assim, para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.) a medicina (a orientação 'anestesiante' ou puramente organicista, ou mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo o tecido social. Quem quiser formar uma idéia do modelo de sociedade com que se depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório.*"[23]

A partir dessa breve digressão, quatro *conclusões parciais e contingentes* podem ser antecipadas:

> **1.** O controle social é efetivado através de diversas formas, podendo-se dividir sua intervenção em meios formais e informais de controle;
>
> **2.** Os meios formais e informais de controle social atuam paralela e conjuntamente, não sendo possível analisá-los isoladamente, sob pena de se incorrer em um reducionismo metodológico estéril;
>
> **3.** Dentre os meios formais de controle social, encontramos o sistema penal e, dentro de seu complexo de regras, aquelas que compõem o ordenamento jurídico-penal (direito penal);
>
> **4.** O direito penal *não é o principal e sequer o mais efetivo meio de controle social*, prevalecendo, em termos de efetividade, os métodos informais de controle social.

São essas premissas metodológicas iniciais que permitem a análise da seletividade secundária do sistema de justiça criminal, mormente na fase pré-processual da persecução penal.

3. O PRIMEIRO FILTRO: A OPÇÃO DAS VÍTIMAS

Conceitua-se *cifra negra*[24] da criminalidade como o conjunto de fenômenos potencialmente passíveis de criminalização, que não chegam ao conhecimento dos órgãos formais de

---

[22] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 230: "Uma pesquisa do controle social que ignora as relações de poder, as restrições de oportunidades e as desigualdades sociais, permanece limitada à simples descrição superficial e oferece descrições meramente positivistas."

[23] ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual ... op. cit.,** p. 57.

[24] BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 21: "*Sem adentrar na fascinante questão de que o estado primeiro* inventa *para depois* combater *o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao* crime acontecido e registrado. *Ou seja: o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz – desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado 'efeito intimidador' da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos – ao* crime acontecido *(sendo mínima sua atuação* preventiva*) e* registrado (*a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior – em alguns*

controle[25]. Este fenômeno se apresenta de forma difusa na sociedade, sendo possível sistematizar alguns dos motivos que o engendram[26].

A persecução penal se inicia com o **conhecimento**, por parte do Estado, da ocorrência de um acontecimento, em tese, passível de criminalização. Este conhecimento – tecnicamente denominado *notícia crime* – aparece para os órgãos institucionais, através de diversas formas, dependendo, na maioria dos casos, de *fatores externos* à atividade estatal[27].

Dentre as possibilidades de conhecimento, por parte do Estado, do cometimento de um fato potencialmente criminalizável, encontram-se as informações prestadas diretamente pelas vítimas dos delitos. Muitas vezes, tal comportamento ativo é imprescindível para que a persecução penal se inicie sendo que, em alguns casos, sem esta *"participação"* da vítima, o Estado sequer possui permissão legal para desenvolver sua atividade persecutória.

Este fato, porém, nem sempre se verifica empiricamente[28], sendo, inclusive, **exceção e não regra**[29]. Isso significa dizer que "*para a seletividade de entrada da cifra negra são responsáveis, (...) em primeiro lugar, as vítimas. (...) Uma parte da seletividade depende, portanto, também de fatores* ***externos*** *manipuláveis.*"[30] Conclui-se, neste particular, que:

> "*uma grande quantidade de ações delituosas, que seriam capazes de criminalização, são filtradas da intervenção do Sistema de Justiça Criminal, já por decisão das vítimas, no curso de processos de controle social informal. O controle social informal assume processos de normalização de modos de*

---

casos, escandalosamente inferior: pense-se por exemplo no abortamento – à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta*).*

[25] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 238.

[26] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 239: "Criminalidade não é nenhuma grandeza constante, mas indica uma distribuição, no interior da sociedade, completamente diferente conforme a estrutura do delito e a estrutura de autores, que não é representada assim pelas estatísticas oficiais de criminalidade. Partindo daqui, passou-se (...) investigar, ao lado da criminalidade estatisticamente registrada ("**cifra clara**"), também a criminalidade não registrada, ocultada das instâncias de controle (**"cifra negra**")."

[27] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** 232: "Um olhar para as estatísticas oficiais de criminalidade comprova que a Polícia ou o Ministério Público não controlam o comportamento de denúncia. (...) Mais de 90% dos delitos registrados são denunciados ou esclarecidos à Polícia ou ao Ministério Público pelas vítimas e testemunhas."

[28] ALBRECHT aponta diversos fatores pelos quais as vítimas de delitos, muitas vezes, não provocam o Estado para que a atividade de persecução penal seja iniciada. Dentre tais fatores, é possível arrolar (**a**) a ausência de percepção da vítima sobre a ilicitude do fato; (**b**) o não reconhecimento da relevância jurídico penal do fato e (**c**) a renúncia consciente do exercício de ação ou da *noticia crime*. Neste sentido, cf. ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 233-5.

[29] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. cit.,** p. 235: "Destas pesquisas sobre a relação entre cifra clara/cifra negra extrai-se a impressão de que a **não denúncia** deve ser vista como **difundida reação normal**. As rotinas individuais de decisão das vítimas indicam a não denúncia – apesar do dano sofrido – como uma reação amplamente difundida, em que, no caso de alguns delitos, a denúncia aparece mesmo como reação de exceção. (...) Disto é deduzido: a autorregulação é normal, a regulação alheia é a exceção."

[30] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 233.

> *comportamento que – no caso de tomada de conhecimento pelas instituições oficiais de controle – conduziriam à criminalização. Embora numerosas ações típicas são conscientemente ocultadas do Sistema de Justiça Criminal, não por consideração ao lesionador; o processo de seleção, quantitativamente significativo, deixa à intervenção do Sistema de Justiça Criminal apenas uma pequena quantidade, recortada da totalidade de ações capazes de criminalização."*[31]

4. O SEGUNDO FILTRO: A ATIVIDADE POLICIAL

Ultrapassado o primeiro – e extremamente relevante – filtro social, o fato potencialmente passível de criminalização chega a conhecimento do Estado. A partir deste momento, em tese, as agências oficiais de controle desenvolvem a persecução penal.

Esta atividade possui duas fases, sendo a primeira denominada pré processual ou fase de investigação preliminar, desenvolvida, como regra, pela polícia judiciária ou investigativa (art. 144, da CR/88), tendo por objetivo angariar elementos de convicção suficientes a embasar o exercício do direito de ação.

A polícia judiciária ou investigativa, órgão da administração pública, está, por força do texto constitucional, vinculada ao princípio da estrita legalidade (art. 37, *caput*, da CR/88), pelo que se poderia cogitar que o espaço discricionário no agir policial seria muito restrito. Como consequência, a atividade persecutória policial seria desenvolvida de forma equânime em todos os casos nos quais um fato em tese criminoso chegasse a conhecimento da instituição.

Pesquisas criminológicas, porém, revelam que "*a aplicação da lei criminal e o processamento formal da delinquência não são mais do que uma das múltiplas alternativas reais ao dispor da polícia, na sua resposta ao crime. Uma alternativa, aliás, que está longe de ser a mais significativa, pelo menos em termos quantitativos.*"[32]

A resposta formal – e vinculada à legalidade – é, portanto, apenas uma das formas reativas de que a polícia, em sua atividade persecutória, dispõe. A discricionariedade do agir policial, então, em que pese limitada pela legalidade, também é determinada por um "***poder de definição da polícia***":

---

[31] ALBRECHT, P.A. Criminologia ... op. cit., p. 236.

[32] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997, p. 445.

> *"Trata-se daquele espaço de liberdade que goza a acção concreta da polícia e que ultrapassa largamente as margens dentro das quais a lei permite a intervenção de considerações de oportunidade da polícia. (...) [Trata-se da] possibilidade socialmente pré-estruturada – legal ou ilegal – de definir uma situação e impô-la vinculativamente a outros.* ***Isto a partir da ideia de que a identificação de um delinquente constitui um processo social de definição cujo resultado final depende do poder relativo dos intervenientes*** "[33] – g.n. –

Este poder de definição – orientado por meta regras[34], conscientes ou não –, que se apresenta como fator normal e funcional na atividade policial[35], é observável empiricamente em três momentos distintos do agir policial[36]: pró-atividade, reatividade[37] e esclarecimento.

A pró-atividade diz com **dois elementos determinantes**: **(a)** os *locais* nos quais a maioria das diligências policiais são realizadas e; **(b)** os *indivíduos* como regra sujeitos à investigação:

> *"Na primeira hipótese – pró-actividade – há que se ter sobretudo em consideração a* presença diferencial *da polícia em relação a grupos de indivíduos que, pela cor da pele, estilo de vestuário, corte de cabelo ou barba, locais freqüentados, etc., se apartam dos padrões estereotipados da respeitabilidade. (...) um dos índices mais significativos da repartição desigual do prestígio, do* status *ou do poder é a 'distribuição diferencial da imunidade', correspondente ao espaço e ao tempo de privaticidade de que se dispõe; índice este que tem reflexos sensíveis no recrutamento dos criminosos.*"[38]

O segundo momento (reatividade) envolve dois fatores essenciais: **(a)** o fato noticiado deve assumir um *status* de situação criminosa perante as autoridades e; **(b)** a vítima deve ser reconhecida enquanto tal pelas autoridades, sob pena de descrédito:

> *"(...) no que respeita à segunda hipótese – re-actividade –, nem sempre o* imput *do caso no sistema formal de controlo, por via de regra feito pela vítima, desencadeia necessariamente o seu processamento efectivo. Verifica-se, pelo contrário, que a polícia considera à partida uma parte substancial das*

---

[33] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 446.

[34] BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: **um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 113: "(…) as meta-regras atuam como princípios ou regras aplicadas pela sociedade ou pelos operadores do Direito na aplicação da norma jurídica, gerando o estigmatizado (preso, ex-detento etc). O sistema penal atua com estas meta-regras que são decisivas para atribuir o rótulo de criminoso a alguém."

[35] ALBRECHT, P.A. **Crimiologia ... op. cit.,** p. 298: "(...) é pouco admirável, quando meios de flexibilização da 'ilegalidade útil', destrutivos dos direitos fundamentais, ajudam a facilitar o combate da criminalidade, no 'bem entendido interesse' dos fins da organização. Sendo as **estratégias de seleção** policial demonstradas neste capítulo, no sentido sociológico-organizacional, também **normais e funcionais,** assim **destroem**, não obstante mais cedo ou mais tarde – especialmente diante do contexto do atual desenvolvimento da lei – a **legitimação democrática** da Polícia."

[36] ALBRECHT aponta, ainda, outros momentos nos quais o agir policial é orientado por critérios alheios – e inclusive, em dados momentos, oposto – à legalidade, tais como a forma de condução do interrogatório e a ausência de informação ao interrogado sobre seus direitos constitucionais. Neste sentido, cf. ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. Cit.,** p. 284-97.

[37] ALBRECHT, P.A. **Criminologia ... op. Cit.,** p. 280-1: "A Polícia pode obter conhecimento de um fato punível por dois caminhos: por um lado, mediante uma denúncia da população, especialmente da própria vítima, ou de possíveis testemunhas; por outro lado, mediante observações próprias, por exemplo, com base em capacidades, conhecimentos e técnicas policiais próprias (...). Ao contrário da atividade **reativa** no caso de recebimento de denúncia, nas atividades independentes de investigação policial, fala-se em **atividade pró-ativa** (...)."

[38] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 447-8.

> *denúncias [notícias crime] como* não fundadas*, não tomando conta delas e não as registrando, isto é, não as convertendo em* crimes-conhecidos-pela-polícia.
>
> ***A interação polícia-denunciante assume, assim, um relevo decisivo (...) A vítima, que desta forma surge como objeto de selecção, tem de 'ser capaz de se justificar como vítima'*** *(Skolnick), exibindo as credenciais suficientes para impor à polícia a sua própria definição da realidade."*[39] – g.n. –

O derradeiro momento do agir policial[40] – fase de esclarecimento – engloba as atividades de "*identificação, localização e eventual detenção do autor do crime.*"[41] Esta fase também é orientada por fatores discricionários externos à mera legalidade:

> "*São os estereótipos que, em grande parte, determinam para onde a polícia se deve dirigir e que tipos de pessoas deve abordar. (...) A polícia tende a deslocar-se para áreas habitadas por minorias desclassificadas e a abordar sobretudo as pessoas que – pela cor da pele, gestos, modos de vestir, corte de cabelo, etc – são a imagem exterior da desconformidade.*"[42]

Conclui-se que o agir policial, para além da legalidade, orienta-se por um **poder discricionário de definição policial**, que permeia suas atividades proativas, reativas e de esclarecimento de delitos. Esta atividade é pautada pela legalidade mas, sobretudo, por critérios extralegais, orientados por estigmas[43] que culminam na dicotomia desviantes (*outsiders*[44])/não desviantes. Tais critérios de tratamento diferenciado não observam **qualquer**

---

[39] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 448-9.

[40] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 452: "Também a última decisão da polícia – comunicar ou não o caso ao ministério público ou introduzi-lo no tribunal – apesar de proferida com mais reduzida margem de discricionariedade, está longe de obedecer a puros critérios de legalidade."

[41] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 450.

[42] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 451.

[43] GOFFMAN, Ervin. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 11: "*Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo* estigma *para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o* status *moral de quem os apresentava. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor – uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos. Mais tarde, na Era Cristã, dois níveis de metáfora foram acrescentados ao termo: o primeiro deles referia-se a sinais corporais de graça divina que tomavam o forma de flores em erupção sobre a pele; o segundo, uma alusão médica a essa alusão religiosa, referia-se a sinais corporais de distúrbio físico. Atualmente, o termo é amplamente usado de maneira um tanto semelhante ao sentido literal original, porém é mais aplicado à própria desgraça do que à sua evidência corporal. Além disso, houve alterações nos tipos de desgraças que causam preocupação. Os estudiosos, entretanto, não fizeram muito esforço para descrever as precondições estruturais do estigma, ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito.*"

[44] BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1973, p. 1-2: "Todos os grupos sociais criam regras e velam, em determinados períodos e sob algumas circunstâncias, pelo seu cumprimento. As regras sociais definem situações e tipos de comportamentos apropriados a elas, especificando algumas ações como corretas e rechaçando outras como erradas. Quando uma regra é descumprida, a pessoa que supostamente a violou poderá ser vista como um tipo especial de pessoa, alguém que não é confiável para conviver de acordo com as regras aceitas naquele grupo. Ela então é taxada de outsider.

Porém a pessoa que a partir de então é etiquetada como outsider pode ter uma visão diversa da questão. Ela pode não aceitar a regra pela qual está sendo julgada e pode não considerar aqueles que a julgam como competentes ou legitimados para tanto. Assim, um segundo sentido do termo emerge: aquele que desobedeceu a regra pode perceber seus julgadores como outsiders." [trad. literal]

rigor científico, refletindo tão somente a prevalência da totalidade em detrimento da alteridade:

> "*(...) há que ter sobretudo em consideração a presença diferencial da polícia em relação a grupos de indivíduos que, pela cor da pele, estilo de vestuário, corte de cabelo ou barba, locais freqüentados, etc., se apartam dos padrões estereotipados da respeitabilidade. (...) um dos índices mais significativos da repartição desigual do prestígio, do* status *ou do poder é a distribuição diferencial da imunidade, (...) índice este que tem reflexos sensíveis no recrudescimento dos criminosos.*"[45]

5. CONCLUSÕES E INQUIETAÇÕES

A partir de todo o exposto, é possível, sem pretensão de esgotar o assunto, expor às seguintes inquietações:

1. O controle social se desenvolve através de meios formais e informais, que atuam conjuntamente no seio social;

2. O sistema penal é um meio formal de controle social, composto de diversas regras que regulam a vida em sociedade;

3. Muito embora seja o direito penal um instrumento de controle social, não é o principal ou sequer o mais efetivo;

4. Os meios informais de controle social assumem, na maioria dos casos, importância igual ou maior do que os meios formais de controle social;

5. Na fase pré processual da persecução penal, é possível verificar que existem critérios extrajurídicos de seletividade de condutas em tese delituosas, o que inviabiliza que diversos casos penais que chegam ao conhecimento do Estado possam ser efetivamente processados;

6. Diversos são os exemplos de critérios extrajurídicos de seletividade, sendo possível citar, como exemplos, a posição passiva das vítimas de delitos, que por razões difusas, podem não trazer ao conhecimento do Estado o conhecimento do crime, bem como a discricionariedade policial na investigação de delitos;

[45] DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia ... op. cit.,** p. 448.

7. Existem outros fatores que contribuem para referida seletividade – sendo possível pensar, por exemplo, em certo grau de discricionariedade de que dispõe o órgão do Ministério Público, no momento de oferecer ou não denúncia –, porém, este é assunto para outro texto.

6. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: **um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: The Free Press, 1973.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1997.

GOFFMAN, Ervin. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUINNEY, Richard. **O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal**. *In*: YOUNG, Jock, *et alii*. Criminologia Crítica. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: aproximación desde un margen**. v. I. Bogotá: Editorial Themis S. A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. v. 1 – Parte Geral. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Bruno Augusto Vigo Milanez
Graduado em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR. Mestre em Direito Processual Penal pela UFPR. Professor de Direito Processual Penal na FACINTER e na UNIBRASIL. Professor convidado do curso de especialização em Direito Processual Penal da ABDCONST. Professor da Academia de Direito do Centro Europeu. Advogado criminalista. Sócio-fundador do escritório Milanez & Foltran advogados associados. Contato: vigo@ibest.com.br.

[Recebido em 07-03-2013]
[Aprovado em 10-03-2013]

Artigo submetido a double blind peer review.