

---

# NOÇÃO DE CRIME: NOTAS À PROPÓSITO DA DIFICULDADE DE UMA NOÇÃO NÃO-JURÍDICA

**JOSÉ ROBERTO F. XAVIER**

*Doutorando, Department of Criminology  
University of Ottawa, Canada  
Bolsista CAPES*

## Resumo

O conceito de crime do direito penal serve apenas para operacionalizar esse saber dogmático e de certa forma dar diretrizes para o sistema penal, sem que se confunda com a construção de crime do sistema penal e muito menos com as representações de crime que circulam na sociedade. O escopo é fazer algumas considerações sobre a noção de crime quando tentamos ir além da definição jurídica. Propõem-se abordar a construção social do crime e a construção do crime pelo sistema penal.

**Palavras-chaves:** Crime, conceito jurídico, sistema penal.

## Abstract

The concept of crime of the criminal law only serves to operationalize this dogmatic knowledge and in this way to give lines of direction for the criminal system, without if it confuses much less with the construction of crime of the criminal system with the representations of crime that circulate in society. The target of this work is to make some considerations on the crime notion when we try to go beyond the legal definition. It proposes to consider the approach of the social construction of the crime and the construction of the crime for the criminal system.

**Key- Words:** Crime, legal concept, criminal system.

## 1 INTRODUÇÃO: PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL

Quando se pergunta a um estudante de direito, especialmente àqueles que já cursaram algumas disciplinas de direito penal, o que vem a ser um crime, a resposta vem fácil. Diz-se que o crime é um ato típico, antijurídico e culpável, ou alguma outra resposta parecida que englobe esses e outros elementos. Essa resposta fácil talvez baste para a dogmática penal, mas ela se torna bastante problemática quando se tenta entender o que uma sociedade considera crime. Afinal, as representações sociais que circulam na sociedade sobre o que é crime não necessariamente se confundem com a definição jurídica. Além disso, não podemos esquecer que a definição do direito penal está no plano do dever ser e que, dessa forma, a construção que o sistema penal faz do crime não se confunde com ela. Assim, o conceito de crime do direito penal serve apenas para operacionalizar esse saber dogmático e de certa forma dar diretrizes para o sistema penal, mas em nenhum momento ele se confunde com a construção de crime do sistema penal e muito menos com as representações de crime que circulam na sociedade.

Nesse sentido, nosso objetivo aqui é fazer algumas considerações sobre a noção de crime quando tentamos ir além da definição jurídica. De certa forma, nos propomos a abordar dois pontos que são bastante conhecidos da criminologia desde os anos 60, mas que, no entanto, não encontram tanta difusão em língua portuguesa. Trata-se da construção social do crime e da construção do crime pelo sistema penal. Tendo em vista as limitações deste trabalho o objetivo é mais de suscitar questões e mostrar a estreiteza da noção jurídica do que trazer respostas.

## 2 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CRIME

Em primeiro lugar, é evidente para todo mundo que o que é considerado crime muda bastante com o tempo. Tanto o que a sociedade considera como crime como o que o direito considera. Neste último caso, isso é de fácil percepção: basta se criar uma nova lei penal criminalizando um comportamento específico para se ter um novo crime (ou, em sentido contrário, suprimir uma lei penal para fazer desaparecer um crime). Mas, para além do sentido jurídico, a noção de crime muda no seio da sociedade com o passar do tempo. Certos comportamentos tidos como altamente problemáticos num momento determinado – e por essa razão, criminalizados – deixam depois de um certo tempo de “causar problemas”. Assistimos a vários exemplos ao longo da história<sup>1</sup>: homossexualidade, consumo

---

<sup>1</sup> Ao longo deste texto, desenvolvo argumentos teóricos que se utilizam de exemplos que não necessariamente se relacionam com o cenário brasileiro. É o caso dos exemplos mencionados nesse trecho.

de álcool, consumo de certas substâncias entorpecentes etc.

Faz-se necessário notar também que existe uma certa disparidade temporal entre o que o direito considera crime e o que a sociedade considera crime. As modificações na lei penal não são simultâneas às transformações dos costumes. O que o direito consagra como crime dura na maior parte dos casos bastante tempo, mesmo se o comportamento não é mais percebido como problemático. E o raciocínio também funciona em sentido inverso: comportamentos tidos como problemáticos podem levar muito tempo até serem criminalizados.

Acrescentando um pouco de confusão a essa questão, podemos sempre pensar que, apesar das transformações na sociedade e na lei penal, com bastante frequência os comportamentos criminalizados não são consenso na sociedade. A busca para adaptar a lei penal ao que a sociedade – ou os indivíduos – quer é sempre uma tarefa complicada: dificilmente se consegue saber a opinião das pessoas em relação a todas as possibilidades de comportamentos criminalizados, assim como os consensos não são muito frequentes (exceto nos casos extremos).

Há ainda um outro problema que toca a questão de como se constrói socialmente um crime. Alguns comportamentos, embora idênticos à descrição do tipo penal, não são percebidos como crime. É o caso, por exemplo, da relação sexual forçada entre cônjuges até recentemente (anos 60 aproximadamente): esse comportamento, embora se enquadrando perfeitamente no tipo penal estupro, não era percebido como crime pela sociedade brasileira (fato que se refletia em alguns doutrinadores do direito). Outro exemplo bastante sintomático: no Canadá, as trocas de socos entre jogadores de Hockey, durante a partida, não são percebidas como crime, em que pese a existência de um tipo penal que descreve esses atos como crime de vias de fato<sup>2</sup>.

De qualquer forma, poder-se-ia pensar que, deixando um pouco de lado as diferenças temporais, culturais e regionais, os crimes são os comportamentos que são considerados mais problemáticos numa sociedade. Dito de outra forma, crime é o que se considera mais grave, mais nocivo, mais perturbador. Trata-se de um raciocínio bastante comum, que é, aliás, invocado por vários juristas para justificar a criminalização de um comportamento. Todavia, analisando o argumento com um pouco mais de atenção, nos damos conta de que certos comportamentos não criminalizados são muito mais nocivos para a sociedade que outros que o são. Por exemplo, podemos argumentar que a negligência de empregadores com as normas de segurança no trabalho acarretam bem mais danos para a sociedade do que o consumo de drogas<sup>3</sup>. Ademais, o argumento da gravidade cai por terra

---

<sup>2</sup> Art. 265 do Código Penal do Canadá.

<sup>3</sup> Ver a discussão sobre ilegalismos privilegiados de Acosta (1988).

quando nos damos conta de que certas atividades são criminalizadas quando exploradas por particulares, mas não por governos. É o caso do jogo de azar. Como bem nota a Comissão do Direito do Canadá, “Porque o jogo é considerado nocivo quando são particulares que o organizam, mas não quando é um governo que o explora?” (Commission du Droit du Canada, 2003, p.17).

Vemos, portanto, que definir o que é crime é mais complicado do que parece. É impossível se chegar a um conceito universal, mesmo se levando em conta as diferenças mencionadas acima. No fundo, a única coisa que os comportamentos criminalizados têm em comum é o fato de terem sido selecionados pela lei penal. E ainda assim isso não é garantia de que a sociedade vai vê-los todos como tal (o reconhecimento do caráter criminal da conduta pela lei penal não implica necessariamente o reconhecimento pela sociedade)<sup>4</sup>.

Se continuarmos refletindo sobre a noção de crime na sociedade, vemos que muito do que se considera como tal é fruto muito mais das diferenças e dos preconceitos do que de uma questão “objetiva” sobre perigo ou dano. O medo do desconhecido, do estrangeiro, do novo... eis o que acarreta a vontade de separar, de se proteger da diferença e, finalmente, de punir o estranho. É um exemplo clássico da criminologia pensar a questão do furto por um estranho e por alguém próximo. Se um pai de família é furtado por seu filho, dificilmente ele vai ver aí um crime. O mesmo evento protagonizado pelo filho do vizinho já começa a causar problemas: é preciso fazer alguma coisa de mais drástico contra esse pequeno delinqüente, é preciso que seu pai seja mais severo, é preciso uma resposta para isso (mas ainda não necessariamente com o sistema penal). O grau de indignação aumenta quando o furto é cometido por um jovem desconhecido: trata-se certamente de um delinqüente juvenil que merece ser preso pelo Estado. Esse exemplo torna evidente a escalada do grau de violência que se deseja numa resposta penal quando nos afastamos do agressor. Quanto mais estamos distantes do infrator, menos estamos importando com as consequências que ele vai sofrer. Bastante freqüentemente o crime só aparece quando a distância nos impede de ver um outro ser humano como agente do ato que nos causa problema.

Acrescentamos a todas essas considerações o retrato que a mídia faz do crime – e do criminoso – como fator de medo e de desumanização do outro. Tendo um interesse sobretudo pelo que choca e pelo que é bizarro, a mídia

---

<sup>4</sup> Apesar de tudo, alguns autores tentaram ver um conceito “puro” de crime que poderia resistir às diferenças temporal e cultural. É o caso, por exemplo, de Garofalo (citado por Digneffe, 1998) que pretendia poder definir o crime pelos comportamentos que atentavam contra os sentimentos de piedade e de probidade. Robert (2005) mostra a fragilidade ao argumento de Garofalo quando aponta que comportamentos bastante nocivos para a sociedade não fariam parte desse núcleo duro, assim como comportamentos que não são incriminados deveriam sê-lo se fôssemos seguir sua forma de pensar.

mostra uma “realidade criminal” perigosa, na qual esses “fascinoras” ameaçam “nossa segurança”, a segurança dos “homens de bem”. Mas, como sabemos, já há um certo tempo, essa imagem do criminoso perigoso e desconhecido não se sustenta em face da constatação de que somos todos uma hora ou outra agentes de atos criminalizáveis. Nesse sentido, este trecho do relatório do *National Council Welfare* do Canadá é bastante esclarecedor:

O que se deve concluir sobre tudo isso sobre pessoas que cometem crimes no Canadá? A resposta parece ser que quase todos os canadenses infringem a lei em algum momento de suas vidas, mas a maior parte desses atos ilegais não são sérios e são frequentemente cometidos durante a adolescência. Entre jovens mais velhos e adultos, aqueles que cometem a maior parte das ofensas são homens que estão nos extremos do espectro social. Numa ponta estão criminosos que não são necessariamente de famílias pobres, mas que estão no momento sem emprego legítimo e desprovidos de tudo. São os indivíduos mais temidos pelo público e são responsáveis por uma boa parte dos crimes de rua. Na outra ponta estão os criminosos de classe alta, do colarinho branco, que são responsáveis por mais mortes e roubam muito mais dinheiro do que o pobre, mas são raramente chamados de criminosos e condenados por uma sociedade na qual muitos acreditam que a “ganância é positiva”. (National Council of Welfare, 2000. capítulo 1; grifo meu)

Assim, em face da constatação segundo a qual somos quase todos agentes de atos criminalizáveis, torna-se difícil manter a imagem do “crime” como um ato de extrema imoralidade. O cenário se torna bastante mais complexo e somos então obrigados a nos dar conta de que a etiqueta crime esconde um leque de situações muito mais complexo e cheio de nuances, do que o nosso preconceito nos permite ver.

### 3 OS TRÊS NÍVEIS DA CONSTRUÇÃO DO CRIME

Primeiramente, coloquemos o postulado segundo o qual o crime é uma construção social. Mas o que se quer dizer com isso? Que a sociedade leva algumas pessoas a cometer crimes? Que os crimes não existem numa situação hipotética de estado de natureza, pré-contrato social? Não exatamente. Quando a criminologia começa a problematizar a noção de crime, uma de suas mais importantes contribuições é dizer que o crime não existe enquanto realidade ontológica. Ou seja, o crime é uma construção social, pois entre um ato e uma definição de “crime” existe todo um processo de leitura e de classificação do ato. Por exemplo, ninguém é capaz de ver um homicídio: o que se vê é um indivíduo atirando (ou dando um golpe de faca ou qualquer coisa semelhante) em outro. O ato que se vê não é um homicídio, mas uma ação de puxar o gatilho de uma arma ou dar uma facada etc. O homicídio só aparece quando se processa mentalmente o ato, utilizando-se as definições legais, e o classifica como homicídio. Assim, os crimes não são dados da “realidade”, mas representações que fazemos de atos que por si sós não têm nenhuma significação intrínseca.

Todavia, esse processo de interpretação não é o mesmo para todo mundo. Cada indivíduo goza de uma autonomia para representar, de um ponto de vista que lhe é particular, as ações que se desenvolvem na vida social. Assim, um ato que eu interpreto como “crime” pode não ser visto como tal por uma terceira pessoa. Podemos até mesmo pensar que para um mesmo ato pode haver tantas interpretações quantas são as testemunhas. Evidentemente, muitas vezes as diferenças de interpretações são sutis, apenas meros detalhes. Mas pode acontecer que para um mesmo ato as interpretações sejam tão díspares que para algumas pessoas esse ato vai ser um crime enquanto para outras vai se tratar de um comportamento positivo para a sociedade. Podemos pensar aqui, a título de exemplo, em atos de violência que são perpetrados por agentes que pretendem atribuir-lhes uma conotação política: muitas pessoas vão ver nesses atos uma contestação social importante e positiva, enquanto outros vão enxergar aí um mero ato de violência, quem sabe até mesmo um ato de terrorismo, negativo para a sociedade.

É interessante ressaltar aqui as implicações sobre as diferentes reações para um mesmo ato. Se o indivíduo não o vê como crime, há uma forte possibilidade que ele permaneça indiferente ao ato ou mesmo reaja com aprovação, questionando assim uma resposta punitiva do Estado. Caso o indivíduo perceba o ato como criminoso, provavelmente ele vai ser menos indiferente, mas não necessariamente vai ter uma resposta punitiva. As respostas possíveis de um indivíduo a um evento interpretado como crime são várias. Nesse sentido, o exemplo de Hulsman é bastante esclarecedor:

Cinco estudantes vivem juntos numa casa. Numa noite um deles fica bravo e joga a televisão escada abaixo. Os seus colegas de casa podem facilmente adotar posturas diferentes em relação a esse evento. Um pode construir o evento num contexto penal. Ele pode culpar o agente e pedir sua expulsão da casa. Um outro poderia ter uma visão mais liberal e aplicar o quadro de interpretação compensatório. 'Todos têm direito à raiva, diz ele, mas devem ser responsáveis por suas ações. Ele deveria comprar uma nova televisão e tudo ficará bem.' Um terceiro estudante, não acostumado com tais manifestações de raiva, poderia ficar muito transtornado e então pedir uma ajuda médica para controlar essas explosões de raiva. Ele aplicaria o quadro de interpretação terapêutico. Um quarto estudante pode aplicar o quadro de interpretação conciliatório. Ele poderia interpretar o evento como um sinal de tensão no grupo e então pedir uma auto-avaliação coletiva das relações mútuas." (Hulsman, 1986, p. 74; minha tradução).

De qualquer forma, quando pensamos na noção de crime não podemos nos limitar às percepções individuais. Os indivíduos, em suas interações sociais, constroem também visões comuns sobre o que vem a ser "crime". Pode-se dizer que existem noções de crime que são compartilhadas socialmente. Afinal, deparamos freqüentemente na sociedade com comportamentos que são julgados problemáticos (e para os quais se acredita a pena criminal seja a melhor solução) por um grande número de indivíduos e cuja reação imediata desse grupo é de rotular esse comportamento como "crime". É interessante notar aqui que essa definição feita por um grupo na sociedade de um comportamento como crime não tem nenhuma relação obrigatória com as definições da lei penal. E neste ponto é mais interessante ainda se perguntar novamente o que faz com que um comportamento se torne um crime, pois são inúmeros os exemplos na sociedade de comportamentos que recebem enorme reprovação, são considerados como "crime" por um grande número de indivíduos e, no entanto, nunca se tornam "crime" para o direito penal. Não se trata de uma apologia para se criminalizar mais comportamentos, mas apenas de uma problematização dos critérios (ou da ausência deles) para se criminalizar um comportamento.

Finalmente, interessa-nos aqui um terceiro nível de construção do crime: a construção sócio-jurídica feita pelo sistema penal, ou seja, a seleção dos atos que entram na malha do sistema penal e o procedimento interno que transforma esses atos em crimes. Analisamos mais detalhadamente esse ponto no capítulo seguinte.

## 4 A CONSTRUÇÃO DO “CRIME” PELO SISTEMA PENAL

A primeira idéia que se deve ter em mente é que o sistema penal constrói uma “realidade” para a sua tomada de decisão que é independente dos fatos que acontecem no seu exterior. De fato, o sistema penal busca elementos para estabelecer uma relação com o mundo dos fatos, mas seria ingênuo pensar que ele é capaz de “reconstruir” uma realidade passada. Dessa forma, tendo em vista a impossibilidade absoluta de reconstruir uma realidade externa e passada, o sistema penal forja uma nova “realidade” no seu interior.

Mas aqui o que nos interessa é menos uma nova “realidade” que o sistema penal cria do que o processo que leva o sistema penal a criá-la. Ou seja, todo o processo de seleção de fatos da realidade e de processamento no seu interior, até que se chegue ao que o sistema penal denomina crime. Abaixo nos propomos a fazer uma descrição esquemática dessa construção. Ressaltamos que o que se pretende é apenas um modelo teórico de caráter exploratório, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto nem de dar conta de todas as nuances possíveis de sistemas penais de diferentes sociedades.

### 4.1 A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

Para que o sistema penal criminalize um acontecimento, é preciso dois tempos: (a) é necessário que esse acontecimento seja previsto como crime pela lei penal e (b) que ele passe pelo processo jurídico-penal e seja declarado crime. Para dar conta desses dois fenômenos, a literatura criminológica<sup>5</sup> faz uma distinção entre criminalização primária e criminalização secundária.

A criminalização primária parece ser um pouco menos problemática. Trata-se da opção de criminalizar alguns comportamentos específicos na sociedade. Deixemos claro que essa criminalização não tem nada de evidente ou de “natural”: ela é fruto de conflitos de diferentes grupos na sociedade, de interesses diversos, de relações de poder etc. Como já afirmamos mais acima, não podemos dizer de forma alguma que a criminalização primária é a resposta para os comportamentos

---

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, Robert (1985) e Acosta (1987).



mais ameaçadores ou nocivos na sociedade. Digamos simplesmente que ela é o resultado de conflitos e de diferenças, exprimindo a vontade de segmentos da população que são capazes de influenciar as escolhas do legislador.

Em que pese esse problema de fundo (os conflitos de poder no seio da sociedade), alguns governos podem criar diretrizes teóricas mais ou menos objetivas para determinar quando se deve criminalizar um determinado comportamento. No Canadá, por exemplo, a Law Commission of Canadá (2003)<sup>6</sup> sugere alguns princípios para orientar a criminalização primária. Ela aponta que devemos primeiro identificar um comportamento indesejável, que traz problemas, na sociedade. A seguir, deve-se verificar se a imposição de uma sanção penal para esse comportamento responde aos critérios de justiça, igualdade, responsabilidade e eficácia<sup>7</sup>. Todavia, mesmo passando por essas etapas, devemos ainda nos perguntar se a intervenção do direito penal é a mais apropriada para o caso. Um comportamento problemático pode ser lidado por outros ramos do direito, e não necessariamente pelo penal, que é o mais drástico. A Law Commission of Canada coloca a questão nestes termos:

Como numerosas ações podem ser “nocivas”, e existindo na sociedade vários outros meios de controlar ou de combater esses comportamentos, deve-se recorrer ao direito penal apenas quando o prejuízo causado ou suscetível de ser causado à sociedade é grave e outros meios menos coercitivos e menos intervencionistas não funcionaram ou parecem contraindicados.

<sup>6</sup> Trata-se de uma comissão consultiva ligada ao Ministério da Justiça desse país. Ela tem por mandato analisar o ordenamento jurídico canadense visando a renovar conceitos jurídicos, apontar anomalias, aumentar a eficácia do sistema e estimular o debate sobre as leis na sociedade. A comissão foi criada em 1997, mas estava em processo de extinção (2007) pelo novo governo desse país.

<sup>7</sup> “A justiça significa que todos os membros de nossa sociedade devem beneficiar de um tratamento igualitário, que deve haver uma certa proporção entre o castigo e o comportamento, e que não se deve limitar indevidamente a liberdade de ação das cidadãs e dos cidadãos. A justiça significa também que estes devem gozar de um acesso igual aos mecanismos que estão associados a ela (por exemplo, que as pessoas em conflito com a lei tenham acesso a serviços jurídicos adequados) e que levemos em conta as questões de justiça social. A igualdade traduz um engajamento em assegurar a igualdade na sociedade e a combater as desigualdades. A responsabilização significa que as pessoas que exercem o poder na nossa sociedade devem ser tomadas como responsáveis pelo poder que elas exercem no domínio público ou privado e que cada cidadão ou cidadã deve prestar contas de sua própria conduta. Finalmente, a eficácia significa que nossas estratégias de intervenção devem dar os resultados prometidos.” Law Commission of Canada, 2003, p. 5.

(Ministério da Justiça do Canadá, citado pela Law Commission of Canadá, 2003, p. 15).

O que observamos é que, em tese, o governo desse país tenta seguir o princípio da *ultima ratio* do direito penal: a intervenção penal só deve ser feita em último caso, quando nenhuma outra solução se mostra eficaz para combater o comportamento indesejável que causa um prejuízo grave. O problema prático desse discurso é a equivocidade da noção de prejuízo grave. Na prática, muitos governos criminalizam comportamentos cujo “prejuízo grave” para a sociedade é bastante discutível. Por exemplo, a criminalização do consumo da maconha: tem-se aí claramente um caso em que a criminalização traz muito mais problemas para a sociedade (tráfico, corrupção, penas aflitivas etc.) do que o próprio comportamento criminalizado.

Um outro problema importante da criminalização primária se relaciona com as expectativas que se têm para com ela. Normalmente se criminaliza um comportamento pensando sobretudo nos efeitos positivos que essa criminalização pode ter. Fala-se aqui sobretudo do efeito de dissuasão<sup>8</sup> e do efeito de reforço das normas sociais coletivas<sup>9</sup>. No primeiro caso, pensa-se que em se criando um crime e, mais importante, em lhe atribuindo uma pena, consegue-se um efeito de desencorajamento naqueles que pretendem ter tal comportamento. Acredita-se que a criminalização tem um efeito psicológico nos indivíduos que os desvia do cometimento do ato proibido, tendo em vista a possibilidade de uma pena. No caso do reforço das normas sociais coletivas, a criminalização permitiria enviar uma mensagem dizendo que se trata de um comportamento que não é tolerável na sociedade.

Todavia, as coisas não se passam como pretendido. O efeito dissuasivo existe, mas é limitado. Não se pode mudar comportamentos bastante enraizados numa sociedade, muito menos resolver conflitos sociais, com a ameaça de uma pena criminal. Em várias circunstâncias, o apelo para a passagem ao ato<sup>10</sup> é muito mais premente do que a ameaça da pena. Com relação ao reforço das normas sociais coletivas, o fato que na prática se criminaliza exageradamente torna menos forte esse efeito. O fato de se criminalizar comportamentos tão diferentes (e cuja gravidade é percebida de forma muito diferente pelos indivíduos,

<sup>8</sup> Tal qual formulados por Bentham e Beccaria.

<sup>9</sup> Pensamos aqui sobretudo na noção de reforço da consciência coletiva de Durkheim.

<sup>10</sup> O termo “passagem ao ato”, tradução da expressão francesa, *passage à l'acte*, designa o fato de se tomar os passos necessários para o cometimento da transgressão. Trata-se de uma expressão bastante difundida em criminologia. Aliás, uma parte dessa disciplina é conhecida como criminologia da passagem ao ato justamente por se interessar nos fatores que levam à transgressão.

como é o caso por exemplo do estupro e do consumo de maconha) torna esse efeito muito menos importante: a mensagem de reprovação coletiva acaba diluída.

Finalmente, retomando o que já se disse acima, no fundo não existem critérios objetivos para se distinguir o que é um crime do que não é. O comportamento que causa “prejuízo”, como vimos, é insuficiente. Há vários comportamentos que trazem prejuízos para a sociedade e não são punidos: práticas comerciais que acarretam desemprego, negligência de patrões na segurança no trabalho que acarretam mortes e ferimentos etc. Outros critérios também se revelam insuficientes. É o caso do risco: se por um caso um tal critério fosse aceito para a criminalização primária, dever-se-ia proibir todos os esportes que são perigosos. Afinal, eles são causa de várias mortes e ferimentos para os seus adeptos. Corrida de carros deveria então fazer parte de uma categoria de crimes graves, quicá um crime hediondo!

Resumindo, a criminalização primária sempre foi uma atividade que, apesar das tentativas de justificação teórica, não se pode explicar a partir de critérios claros e neutros. No fundo, como dizemos no início desta seção, os critérios, em que pese a intenção de neutralidade e coerência, não podem apagar toda uma série de conflitos na sociedade que subjazem as escolhas do legislador.

## 4.2 CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

No que diz respeito à criminalização secundária, a questão é mais complexa. Para que um crime seja plenamente construído, não basta que a lei estabeleça abstratamente uma relação entre alguns comportamentos e uma pena. É preciso que os tribunais cheguem a julgar um comportamento como “crime”. Todavia, há todo um processo para que um comportamento consiga obter esse status. Tentaremos resumir abaixo as etapas necessárias para que um comportamento criminalizado primariamente chegue a ser criminalizado secundariamente<sup>11</sup>:

a) visibilidade:

Muitas vezes ocorre que um comportamento definido pela lei como crime não é visto por ninguém. Algumas vezes até mesmo a vítima não se dá conta de que foi alvo de um comportamento definido como criminoso. Muitos furtos, por exemplo, não vão nunca ser notados. Em outros casos, o “crime” pode ser percebido pela vítima, mas esta não tem meios de fazer com que a sociedade “veja” o crime. É o caso, por exemplo, de algumas situações de violência conjugal, em que o cônjuge agredido se percebe como vítima, mas não tem meios de

<sup>11</sup> Baseamo-nos em Robert (1977) e Landreville (1983), acrescentando algumas informações.

comunicar o problema a quem quer que seja. Guarda para si o que o sistema penal poderia ver como “crime”.

Com efeito, dois fatores são importantes quando pensamos na visibilidade de um “crime”: o fato de se passar no espaço público e a posição social da vítima (Landreville, 1983). Evidentemente, um furto em local público é potencialmente muito mais visível do que uma fraude numa empresa. Da mesma forma, uma vítima numa posição social privilegiada tem muito mais recursos para fazer a sociedade ver sua condição de vítima. Essa questão fica fácil de compreender quando comparamos uma adolescente pobre explorada pela indústria do turismo sexual a um homem rico de uma grande cidade que tem sua casa invadida por ladrões. O drama deste é notoriamente mais visível socialmente do que o da adolescente.

#### b) interpretação do evento criminoso:

Às vezes um comportamento definido como crime pela lei não é interpretado dessa forma pelos atores implicados no evento. Um exemplo bastante recorrente em criminologia é o do pai que tem dinheiro de sua carteira furtado pelo filho. O mais provável é que ele vai ver isso como um comportamento problemático que precisa ser discutido, mas jamais como um crime que pede a intervenção da polícia. Podemos dizer nesse caso que a vítima tem o poder de estabelecer a definição da situação<sup>12</sup>, e se ela não a define como crime, o sistema penal nunca vai entrar em cena. Não se trata, neste caso de falta de recursos (emocionais, físicos, sociais etc.) para remeter o caso ao sistema penal, mas simplesmente de uma definição da situação que exclui o rótulo “crime”.

#### c) conhecimento da proibição penal

Tendo em vista a “inflação criminalizadora” do nosso tempo, há vários comportamentos criminalizados cuja proibição é muito pouco conhecida pelos indivíduos. Por exemplo, muitas ações de violação de direito autoral definidas como “crime” pela lei penal não são de conhecimento de grande parte da sociedade. Não se trata de não interpretar o evento como criminoso, mas do completo desconhecimento da interdição penal. Evidentemente, se o “crime” é desconhecido de maior parte das pessoas, as chances são muito pequenas de que o sistema penal tome conhecimento dele.

#### d) envio para o sistema penal<sup>13</sup>:

Para que um comportamento criminalizado possa se tornar um “crime”, é preciso que ele chegue ao conhecimento das instituições penais, começando

<sup>12</sup> Ver Landreville (1983, p. 43).

<sup>13</sup> Para essa questão, ver também Faugeron e Robert (1978) e Robert (1977).

pela polícia. Para que isso aconteça há duas possibilidades: 1) que a polícia saiba do evento pela sua atividade de investigação ou de patrulha; ou 2) que alguém a comunique. Parece bem estabelecido pela literatura criminológica<sup>14</sup> que o segundo caso é de longe o responsável pela maior entrada de casos.

Todavia, para que um “crime” seja comunicado à polícia, é preciso primeiro que ele passe pelos itens a, b e c mencionados acima. Sem visibilidade, sem interpretação do ato como ilegal e sem conhecimento da ilegalidade, a comunicação ao sistema penal não existe. Além disso, devemos pensar num outro problema para que se comunique um crime à polícia: os crimes que não fazem vítimas diretas ou fazem apenas vítimas distantes e mediatas. O consumo de maconha, por exemplo, não faz vítimas e dessa forma dificilmente é denunciado à polícia<sup>15</sup>. Da mesma forma, alguns crimes ambientais só fazem vítimas mediatas e indiretas, e portanto dificilmente são denunciados à polícia.

É importante ressaltar também que para que a comunicação à polícia exista deve-se pressupor a insuficiência dos meios de gestão do problema pelas instituições ou mecanismos de controle social informal (relações de vizinhança, família, escola, trabalho, igreja, comunidades etc.). Acontece muitas vezes que as partes implicadas no suposto crime têm a possibilidade de negociar uma solução para o problema muito mais satisfatória para ambas as partes do que seria o envio para o sistema penal. É o caso por exemplo de um acidente de carro causado por um motorista embriagado: se as partes são capazes de negociar uma solução sem o sistema penal, provavelmente este nunca irá saber do ocorrido.

Ainda mais interessantes são os casos em que as vítimas têm poder para impor uma solução para o conflito ou os atores estão implicados numa instituição que tem poder para arbitrar uma solução para o conflito. Vejamos o que diz Robert (1977: 8):

(...) certos ‘corpos’ ou instituições – como as igrejas ou as empresas – regulam por si próprios uma grande quantidade de seus contenciosos internos implicando seus membros graças à disponibilidade de uma espécie de polícia e de justiça privadas. Da mesma forma, as grandes lojas dispoño de

<sup>14</sup> Ver especialmente Robert, 1977.

<sup>15</sup> Não tenho dados para fazer este argumento, mas talvez se denuncie mais no Brasil o consumo de maconha do que em outros países nos quais existe uma visão menos estigmatizante sobre o uso dessa substância. Mas nesse caso não é a vitimização que exerceria um papel na denúncia, mas sim a reprovação moral.

um serviço especial e de uma seção de contencioso podem regular elas próprias, por vias officiosas, uma boa parte dos furtos e dos incidentes em matéria de cheques.”  
(minha tradução)

No primeiro caso, em que agressor e vítima estão implicados numa mesma instituição ou corpo (imaginemos por exemplo um executivo importante de uma empresa que agride um colega de trabalho), é fácil pensar no interesse dessa instituição de preservar a sua imagem e seus membros e, portanto, tentar resolver internamente o conflito. No segundo caso, a visualização nos parece ainda mais fácil: em várias redes de hipermercados no Brasil há um serviço de segurança que muitas vezes “resolve” a questão sem nunca comunicar o fato à polícia. É do interesse da rede, acima de tudo, não ter prejuízo, o que pode ser conseguido mais eficazmente com uma gestão interna (que inclui às vezes uma certa pressão sobre o infrator que é bastante problemática pois juridicamente sem legitimidade) do que com o recurso ao sistema penal que está mais interessado na punição do infrator.

e) aceitação da ilegalidade pela polícia:

Se o “crime” não é identificado pela própria polícia, é preciso um esforço de atores externos ao sistema penal para que o comportamento seja aceito pela polícia. Esses atores seriam as vítimas (ou seus próximos), na maioria dos casos, ou grupos de pressão (incluindo a mídia) que têm um interesse qualquer no caso.

A relação entre a vítima e a polícia comporta várias nuances. Ela traz uma versão de um acontecimento que interpreta como crime e espera que a polícia a adote. Mas a polícia faz um filtro das demandas que lhe chegam e faz um primeiro julgamento daquilo que convém “correr atrás”. Todo tipo de consideração pode entrar no cálculo da polícia para a aceitação ou não do problema. Os policiais que registram a ocorrência podem entender que o comportamento descrito não vem a ser um crime. Eles podem também, adotando um ponto de vista corporativo, pensar mais na instituição policial e adotar uma atitude de não ouvir a vítima, tendo em vista, por exemplo, a preservação de “boas estatísticas criminais” na região. Além disso, podem não ter interesse em registrar uma queixa em alguns casos que consideram pouco importantes ou extremamente complexos. Nesses casos, as considerações que entram em cena são meramente pragmáticas do ponto de vista policial, sendo que a vontade da vítima é questão de menor importância.

Em segundo lugar, há uma outra consideração bastante pragmática feita pela polícia. Mas nesse caso se trata menos de seu interesse corporativo do que

de sua visão da probabilidade que o caso avance no sistema penal rumo a uma sentença judicial punitiva. Esta questão refere-se ao que Robert (1977, p. 11, 12) chama funções de orientação e de seleção das instituições do sistema penal. A função de orientação consiste em escolher o caminho a dar ao caso dentre as opções possíveis. A função de seleção consiste em reter o caso ou não a fim de dar uma continuidade no sistema penal. Na prática, a polícia pode ver três cenários diferentes para não reter o caso: a) enxergar o ocorrido como não sendo problemático nem pertinente para o sistema penal b) enxergar o ocorrido como sendo problemático mas não pertinente para o sistema penal (o que pode acarretar talvez sanções não-formais: ameaças, detenções para interrogatórios, vigilância mais acirrada etc.); c) enxergar o ocorrido como problemático e pertinente para o sistema penal, mas agindo em função da expectativa de que nem o Ministério Público nem o juiz darão continuidade para o caso.

f) aceitação da ilegalidade pela justiça penal:

Para que o comportamento criminalizável se torne crime, ele precisa continuar seu caminho “penal” e chegar definitivamente à justiça penal. Dependendo das especificidades jurídicas de cada país, o processo de aceitação da ilegalidade pela justiça penal varia muito. Mas me parece que um dos aspectos que exercem um papel importante – o efeito de condicionamento das etapas precedentes – pode ser generalizado. Ou seja, o que se passa durante o inquérito policial limita a margem de manobra em grande medida do promotor e do juiz. Segundo Robert (1977: 12), ficou demonstrado (no caso da justiça da França)

que a decisão de colocar em detenção provisória durante a instrução dependia freqüentemente em parte ao fato da polícia ter ou não prendido o suspeito. Da mesma forma, o fato que uma pessoa comparecesse ao julgamento livre ou não, que ela tenha sido detida provisoriamente ou não, pré-determina em parte a decisão da jurisdição de julgamento.

Assim, de uma certa forma, ainda que os juízes e os procuradores tenham autonomia para decidir a orientação que eles vão dar ao caso, o que se passa durante o inquérito (ou durante a instrução do processo) terá um impacto no comportamento desses atores. Falando especificamente do procurador, ele tem um papel bastante importante na seleção e na orientação do caso. Ele pode simplesmente decidir não perseguir penalmente o comportamento sob o argumento de que não se trata de um crime. Ele tem o poder também de escolher como enquadrar o comportamento, de forma mais ou menos grave na escala

penal. Ele pode ainda, em alguns países (dos quais o Brasil não faz parte), escolher simplesmente não perseguir penalmente o comportamento sob o argumento de que o Estado não tem interesse em fazê-lo, mesmo considerando-o como um crime. Evidentemente, na avaliação que o procurador faz do caso, ele emprega considerações pessoais que muitas vezes estão em desacordo com as disposições legais. Dessa forma, é preciso sempre levar em consideração que os atos individuais de atores do sistema penal têm um efeito relativamente ao prosseguimento dos casos na justiça penal: num sistema jurídico em que o oferecimento da denúncia é obrigatório (como por exemplo o Brasil), um promotor que não concorda com o prosseguimento de um caso, ainda que o considere como crime, pode procurar diversas estratégias jurídicas para dificultar o seu andamento no sistema.

No que concerne ao juiz, seu poder de interromper o prosseguimento do processo judicial é bastante importante. O comportamento criminalizável só pode se tornar crime após passar por um primeiro crivo do juiz que aceita ou não a denúncia do promotor. Assim como o promotor, o juiz pode achar que não há elementos necessários para se instaurar um processo, interrompendo assim o caminho do comportamento que se pretende criminalizar até chegar a ser um crime. Também como o promotor, a percepção do juiz sobre a noção do crime vai influenciá-lo bastante, para além das considerações dogmáticas.

Finalmente, tanto para o juiz quanto para o promotor, há algumas questões subjetivas bastante importantes que lhes influenciam o papel de orientação e seleção do fluxo penal: é o caso da percepção da gravidade do crime, da posição social do acusado e da vítima. E há também um último fator que Robert (1977, p. 14) chama de economismo: a propensão dos juízes e dos procuradores a escolher os casos penais “mais simples e menos custosos”. Alguns casos penais são muito complexos, demandando muito mais trabalho que o de hábito, tornando-se muito mais problemáticos para a “máquina penal” que os simples casos cotidianos do sistema. Pode-se dar o exemplo de um simples caso de furto em supermercado comparado a uma sofisticada fraude fiscal: neste último caso, a prova é frequentemente bastante difícil, os detalhes técnicos escapam muitas vezes à compreensão dos não-especialistas, os acusados têm possivelmente bons advogados que conhecem melhor a complexidade do caso que o juiz e promotor, etc.

g) reconhecimento da ilegalidade pela justiça penal com a imposição de uma pena:

O último passo da construção do “crime” é o reconhecimento pela justiça penal do caráter criminal do ato. Desde o momento em que o caso chega ao conhecimento da polícia, o que se procura fazer é o “enquadramento na forma penal” de um evento problemático, ou seja, “ações pelas quais os operadores



do aparelho penal procuram – através de um processo retrospectivo – a adequação entre essa matéria original e o que a lei penal define/prevê como sendo as condições de possibilidade de uma infração” (ACOSTA, 1987, p. 4).

O juiz, reconhecendo a existência de um crime e decidindo pela culpabilidade do indivíduo (e sua decisão sendo confirmada pelas cortes superiores), chega finalmente ao termo do processo de construção do crime. Pode-se dizer neste momento que se tem um crime juridicamente construído.

\* \* \*

Ao longo de todo esse processo, vimos como o sistema penal **seleciona** alguns eventos e os faz passar por várias etapas, retendo apenas alguns que vão ser definidos como crime. O sistema penal se apropria de um fato que acontece no seu exterior e o transforma em algo diferente para poder chegar até a criminalização. Todo o contexto do evento, os detalhes sobre as pessoas implicadas e várias outras questões são reduzidos em sua complexidade para poderem ser digeridos e transformados em algo de compreensível pelo sistema penal. Robert (1977) utiliza a metáfora do funil para explicar como se excluem eventos ao longo do processo, isto é, como vários eventos chegam na boca do funil penal, mas muitos poucos vão passar pela outra extremidade (se tornar crimes). Creio que essa metáfora serve também para explicar a redução da complexidade dos eventos ao longo de todo o processo de criminalização.

## 5 NOTAS FINAIS

O objetivo deste artigo foi apenas fazer uma primeira abordagem crítica sobre a noção de crime. Propusemo-nos a desconstruir uma noção ontológica do crime, assim como colocar em evidência alguns preconceitos que circulam na sociedade quando se discute esse assunto. Notadamente, tivemos a intenção de mostrar que a questão da noção de crime é bastante complexa e equívoca. Trata-se de uma noção muito utilizada, mas pouco problematizada em língua portuguesa.

Tendo em vista as limitações deste texto, algumas discussões foram deixadas de lado. Pensamos especialmente na noção de cifra negra e na construção do crime pelas estatísticas penais. Ressaltamos simplesmente que a noção de cifra negra se torna problemática quando se faz a crítica da noção do crime. Afinal, se a cifra negra é a margem dos “crimes” não detectados pelo sistema penal, o conceito se torna pouco claro quando questionamos o que é um crime (um furto nunca detectado faria parte da cifra negra?).

Finalmente, dreiteramos que se pretendeu fugir de um olhar jurídico sobre

a questão – o que inclui evitar toda uma terminologia jurídica – e do contexto específico do Brasil. O objetivo é, portanto, um exercício teórico de cunho mais sociológico e menos ligado a realidades empíricas específicas.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, F. À propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mise en contexte. **Criminologie**, 1988, vol.21, n.1.

\_\_\_\_\_. De l'événement à l'infraction. Le processus de mise en forme pénale. **Déviance et Société**, 1987, vol.11, n.1, p. 1-40.

COUSINEAU, M.M.; CUCUMEL, G. De la police au tribunal : formulation et cheminement des plaintes portées devant la cour du Québec, chambre criminelle et pénale. **Criminologie**, 1991, XXIV, 2, p.57-79.

DIGNEFFE, F. L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale. In : DEBUYST; DIGNEFFE; PIRES, **Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine**, tome II. Bruxelles : DeBoeck, 1998.

FAUGERON, C.; ROBERT, Ph. **La Justice et son public: les représentations sociales du système pénal**. Geneva: Médecine et Hygiène,1978.

HULSMAN, L. Critical Criminology and the Concept of Crime. **Contemporary Crisis**, 1986, v.10, p.63-80.

KITSUSE, J.; CICOUREL, A. A note on the uses of official statistics. **Social Problems**, 1963, v.11, n.2, p.131-139.

LANDREVILLE, P. **Normes Sociales et Normes Pénales; notes pour une analyse socio-politique des normes**. Cahiers de l'École de Criminologie de Montréal, 1983, n.12, Université de Montréal.

Law Commission of Canada. **What's Crime? Challenges and Alternatives**. Discussion Paper, 2003.

National Council of Welfare. **Justice and the poor**. Canada: National Council of Welfare Publication. Disponible em: [http://www.ncwcnbes.net/htmldocument/reportjusticepoor/repjusticepoor\\_e.htm#\\_chap1](http://www.ncwcnbes.net/htmldocument/reportjusticepoor/repjusticepoor_e.htm#_chap1). ROBERT, Ph. **La Sociologie du Crime**. Paris : La Découverte, 2005.

ROBERT, Ph. Au Théâtre Pénal. Quelques hypothèses pour une lecture sociologique du ½crime½. **Déviance et Société**, 1985, vol.9, n.2, p.89-105.

ROBERT, Ph. Les Statistiques Criminelles et la Recherche. Réflexions conceptuelles. **Déviance et Société**, 1977, vol.1, n.1, p.3-27.

