

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

ANA CLARA PAIVA DE ALMEIDA

**A SÚMULA 582 DO STJ COMO MÉTODO DE CONTROLE
SOCIAL EVIDENCIANDO A SELETIVIDADE POLÍTICO-
CRIMINAL**

**Juiz de Fora
2017**

ANA CLARA PAIVA DE ALMEIDA

**A SÚMULA 582 DO STJ COMO MÉTODO DE CONTROLE
SOCIAL EVIDENCIANDO A SELETIVIDADE POLÍTICO-
CRIMINAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela. Na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Prof. Dr. João Beccon.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANA CLARA PAIVA DE ALMEIDA

A SÚMULA 582 DO STJ COMO MÉTODO DE CONTROLE SOCIAL EVIDENCIANDO A SELETIVIDADE POLÍTICO-CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela. Na área de concentração Direito e submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. João Beccon de Almeida Neto

Prof. Leandro Oliveira Silva

Prof. Dra. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 19 de junho de 2017

Dedico este trabalho à minha mãe, Lucinda, por acreditar em mim mesmo quando eu duvidei, pelo suporte inesgotável e por ser minha mais longa e verdadeira amizade.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Juiz de Fora, minha gratidão pelas oportunidades acadêmicas ofertadas; ao corpo docente da Faculdade de Direito, obrigada pelo ensino de excelência e pelos conselhos quanto ao exercício profissional.

À minha família, pelo suporte emocional e pela confiança depositada em mim. Especialmente, à minha mãe, Lucinda, por ser minha fonte inesgotável de incentivo e sempre enxergar minhas qualidades e potencial. Ao meu pai, Sérgio, por seu bom humor diário, capaz de transformar um dia difícil em leve. À minha irmã, Alessandra, por me ouvir e por me ensinar, apesar da pouca idade, valores inestimáveis.

Ao Diogo, por ser meu companheiro de caminhada durante esses 5 anos de faculdade e pelos próximos de vida, sempre generoso com seu tempo, conhecimento e paciência.

Aos meus amigos, construídos durante esses anos, por terem tornado esta trajetória mais feliz e proveitosa. Sobretudo, agradeço à Maria, Laura e Henrique, por compartilharem seus conhecimentos, histórias e risadas.

À DPU, pela oportunidade única de aprendizado jurídico e social. Em especial, agradeço ao Dr. Rodrigo Pires Carvalho, por ser um exemplo de profissional dedicado e exigente dentro do sistema público costumeiramente criticado, transformando nosso núcleo e ofício em um serviço de excelência altamente elogiado.

Ao orientador, Professor João Becon, agradeço por ter desconstruído, durante apenas uma aula eletiva, no início da faculdade, minha visão, à época ignorante, encarceradora e inexorável sobre a realidade criminal, e por ter aceitado a tarefa de me guiar durante a construção deste trabalho.

“Advogar a abolição da instituição carcerária
pode ser um nobre desejo, mas utópico.”
Foucault

RESUMO

Esta monografia por objetivo o de expor críticas ao sistema jurídico-penal inconstante do Brasil que, embasado em discursos genéricos de “Defesa Social” e usando do Direito Penal como controle social, de forma quase isolada, vem praticado a Criminalização Primária seletivamente. Observa-se o expressivo aumento da população carcerária, constituído principalmente por invisíveis sociais, vitimados por este poder de coerção, que pratica uma rigorosa seleção antes de decidir quem merece entrar na esfera punitiva de maneira mais grave e ser atribuído com o status de criminoso. Como exemplo claro desta realidade, estuda-se a súmula 582 do STJ que, alicerçada por entendimentos retrógrados e autores notadamente distantes dos princípios fundamentais do Direito Penal, condena de maneira mais severa crimes patrimoniais, por meio de uma dissipação do terror e criação de um inimigo que deve ser eliminado.

Palavras-chave: súmula 582 do STJ, Criminalização Primária. Seletividade. Controle Social.



ABSTRACT

This monograph aims to expose critics to Brazil's unstable criminal legal system, which, based on generic speeches of "Social Defense" and using Criminal Law as social control, in an almost isolated form, has been practicing Primary Criminalization selectively. It is observed the significant increase in the prison population, consisting mainly of social invisibles, victimized by this power of coercion, that practices a rigorous selection before deciding who deserves to suffer the punitive sphere in a more serious way and to be tagged with the status of criminal. As a clear example of this reality, the STJ 582 docket is studied, which, based on retrograde understandings and authors that are notably distant from the fundamental principles of criminal law, condemns more severely patrimonial crimes, by the speech of terror dissipation and creation of an Enemy that must be eliminated.

Keywords: STJ 582 docket, Primary Criminalization. Selectivity. Social Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PODER PUNITIVO	11
1.1. O Contrato Social: O Fim da Era do Mais Forte	11
1.2. A Delegação do Poder Punitivo: Suplício da alma	12
1.3. A Legitimação do Poder Punitivo: O Discurso da Defesa Social	14
2. CONTROLE SOCIAL	17
3. POLÍTICA CRIMINAL	19
3.1 Aplicação da Máxima Penal	19
3.2 Abolicionismo Penal	22
3.3 Princípio da Intervenção Mínima	25
4. SOBRE SÚMULA 582 DO STJ	30
4.1 Caminho do crime: execução e consumação	32
4.2 Seletividade do Sistema Penal: Crimes Patrimoniais	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

A detenção do Poder Punitivo já pertenceu a diversas pessoas e se apresentou de **inúmeras** formas. Inicialmente, traçaremos uma rápida linha histórica que se iniciará no Estado de Natureza, o qual teve sua queda pela assinatura do contrato social e da vingança privada e desproporcional.

O Poder Punitivo é delegado a um ser superior e alheio ao conflito que, em tese, teria um olhar mais imparcial e justo acerca da punibilidade e das regras de convivência. No início do século XVIII, o Poder começa a se centralizar na figura do “juiz”, que se utiliza do suplício como correção do agente desviante.

No final do mesmo século, pelo início de desenvolvimento da produção industrial, são introduzidos os delitos patrimoniais e a tortura representa perigo ao poder soberano. Com isso, **uma germina** a necessidade de se adaptar os dispositivos das penas anteriormente aplicadas, há uma “humanização” do agente delituoso, que teria sua aplicação legitimada pelo Discurso da Defesa social.

O Direito Penal, enquanto ciência, é introduzido como método de controle social, devendo se ocupar não somente com as tipificações de condutas e **dissimetrias** de pena, abrangendo também a dogmática, a criminologia, a política criminal, andando em conjunto com outros fatores externos e sociais para sua eficácia.

Sem os fatores externos, o Direito Penal se torna um sistema do terror, obrigado a propagar a figura de um inimigo e aplicar medidas cada vez mais seletivas e severas a grupos determinados, geralmente desprivilegiados em inúmeros sentidos: financeiramente, educacionalmente etc.



Princípios basilares do nosso ordenamento são esquecidos, e temos a edição da súmula 582 do STJ como exemplo desta seleção que viola regras como o **iter** **criminis** e a intervenção mínima estatal, para punir crimes patrimoniais ainda que tentados de forma abusiva e seletiva, alterando a definição do momento da consumação. Fato comprovado pelas estatísticas que serão apresentadas acerca do atual encarceramento.



1. PODER PUNITIVO

1.1. O Contrato Social: O Fim da Era do Mais Forte

No qual todos os homens são iguais, e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos e assim a lei perde a toda a eficácia. [...] Para sair desta condição é preciso criar o Estado, é preciso, portanto atribuir toda força a uma só instituição: o soberano¹

No trecho acima, Hobbes se refere ao Estado de Natureza, o estado primitivo da civilização, de igualdade natural. Não há propriedade, a cada homem só pertence aquilo que ele for capaz de obter, e somente pelo tempo que tiver capacidade de mantê-lo. A imposição da força determina a posse que, não pode ser dividida ou compartilhada.

O *jus naturale*², apenas nutre a real liberdade segundo a sua própria vontade egoística, não amparando o direito legítimo, o que engendrava a constante insegurança jurídica e social. Instala-se o estado de guerra generalizada, todos contra todos, que gera a necessidade de criação do Estado, a partir de um contrato social que busca a abdicação do poder ilimitado de cada um e centralizando esse poder em um indivíduo para a promoção da ordem e da estabilidade.

Viver em comunidade, em teoria, garantiria o impedimento de um homem fazer mal a outrem. Hobbes conjectura que todos os homens buscam a paz, a chamada “*lei primeira e fundamental de natureza*”, e através desta provem a segunda lei: a defesa para sim mesmo:

E dado que a condição do homem é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos

¹ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 35.

² “*jus naturale*”, para Hobbes, é “a liberdade que cada homem tem de usar livremente o próprio poder para a conservação da vida e, portanto, para fazer tudo aquilo que o juízo e a razão considerem como os meios idôneos para a consecução desse fim”. HOBBS, Thomas; *Leviatã*; Parte 1: Do Homem – Capítulo XIV: Da primeira e segunda leis naturais e sobre os contratos.

dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurara paz, e segui-la. A segunda encerra a suma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos.³

Esta abdicação individual e voluntária sobre o absoluto Direito das coisas e delegação de uma fração da liberdade, é o denominado “Contrato Social”. Daí o controle social, que é empregado pelo conjunto de instituições e sanções que efetivamente garantam o equilíbrio e a submissão social aos moldes da comunidade.

1.2. A Delegação do Poder Punitivo: Suplício da alma

A realidade é que não há registros históricos da existência de sociedade em que os comportamentos considerados desviantes não estivessem presentes. Mesmo nas organizações sociais mais rudimentares, os homens estabeleceram certas regras de convivência, seja com o intuito de manter a coesão do grupo social, seja como forma de se defender de eventuais excessos perpetrados por demais membros do grupo.

O surgimento do Direito básico se confunde com o próprio surgimento da sociedade. Na visão de Kant, “*Direito é o conjunto de condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral de liberdade*”⁴, consoante o entendimento de Rudolf von Ihering: “*Direito é a soma das condições de existência social, no seu amplo sentido, assegurada pelo Estado através da coação*”⁵.

Diferentes sistemas, objetivando estabelecer normas e regras de condutas no intuito de garantir a paz social, começam a se construir. Germina o poder punitivo, que se forja inicialmente **por de uma** necessidade de vingança e, não de justiça. Este deixa de ser geral, para se centralizar em um “punidor”, aquele que decide as penas, seu grau e sua aplicação.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Primeira Parte: Do Homem, p. 48. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>

⁴ KANT, Emmanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 80.

⁵ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de João Vasconcelos, Editora Martin Claret, 2009, 1ª edição, p. 4



Foucault. Nesta época, o poder punitivo começa a se centralizar na figura do “juiz”, e, esta troca de papéis entre este e o criminoso no momento da execução da pena, gerava revolta e fomentava a violência social, “*uma fornalha em que se acende a violência*”⁶.

Esta inquietação culminou no lento desaparecimento do suplício físico público e desarrazoado com a punição dirigida à alma: “*A expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições*”⁷. As execuções se tornam mais raras, sendo o suplício aplicado proporcionalmente ao delito praticado e às provas da autoria e materialidade.



Por mais grave que um crime fosse, **senão** houvesse provas contundentes, este era mais brando do que aquele em que o crime era menos grave, mas que, por outro lado, dispunha de provas integrais.

No final do Século XVIII, graças ao processo de desenvolvimento da produção industrial, o nascimento do capitalismo e da desigualdade social, novos tipos delituosos são praticados, **que passam do sangue à patrimoniais** e o suplício apresenta perigo ao poder soberano, a tirania desperta revolta.

Aflora uma necessidade de se adaptar os dispositivos das penas anteriormente aplicadas, há uma “humanização” do agente delituoso, o conceito da garantia da dignidade mínima emerge.

Os julgamentos começam a ser impessoais, é a figura da justiça “cega” e justa. A ideia de prevenção e ressocialização apontam e a reforma do sistema punitivo caminha em direção à noção de que a punição deve participar de uma mecânica perfeita em que a vantagem do crime se anule na desvantagem da pena; desestimulando futuros **con**traventores e, principalmente, eliminando a reincidência.



A punição deve deixar de ser associada à arbitrariedade de um poder soberano, e ligada à uma consequência natural da prática delituosa, por este motivo não pode perdurar, não deve ter caráter eterno, o discurso da eficácia da pena deveria ser legitimado, o criminoso não viraria um mártir a ser executado, deveria ser

⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. 1999, 20ª edição. Tradução de Raquel Ramalhe. Editora Vozes, p.13

⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. 1999, 20ª edição. Tradução de Raquel Ramalhe. Editora Vozes, p.18

ressocializado, tido como exemplo do errado que pagou por sua dívida com a sociedade, punição para transformar um culpado, não para apagar o crime.

O sistema prisional é adotado como um dos métodos de pena no Brasil, tendo a finalidade principal a reinserção do preso em sociedade, além de, por óbvio, o caráter retributivo e preventivo. Entretanto a realidade não se mostra como esperada, ainda há uma tortura velada exposta por diversos penalistas.

Há sofrimento na prisão. Neste sentido, reforça-se a percepção conhecida por muitos e distantes dos outros, de que a prisão do século XXI ainda permanece ligada ao suplício da alma, como refere Foucault. A prisão continua impondo sua violência de forma explícita, silenciosa e degradante em relação ao ser humano. Principalmente, continua aguçando o instinto agressivo e destrutivo de cada pessoa, como forma de resposta da violência vivenciada por ela.⁸

Os resquícios destas penas ainda estão presentes, assim como a violência exposta poderia gerar revolta contra a monarquia, o suplício moderno é uma afronta a democracia. Logo, a pena desproporcional e cruel persiste, um véu fino a máscara de forma que a sociedade continue inerte e alheia.

1.3. A Legitimação do Poder Punitivo: O Discurso da Defesa Social

É melhor prevenir os crimes do que ter de puní-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida.⁹

O fim da punição arbitrária se propaga com a limitação do poder punitivo em si, que se dá pela **criação do Direito Penal**. O Estado busca a prevenção através das normas. **Estas, moldadas pelo Poder Executivo, se aplicam, em teoria, indiscriminadamente, mediante o Poder Executivo:**

Chamamos “sistema penal” ao 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 até que se impõe e executa

⁸ GAUER, Gabriel José Chittó; NETO, Alfredo Caraldo; PICKERING, Viviane Leal. “Realidade Do Indivíduo Na Prisão: Considerações Sobre A Violência”. GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos* – 2. ed. rev. e atual – Porto Alegre, 2017.

⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997.

uma pena, pressupondo, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de "sistema penal" em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal.¹⁰

Empenha-se em reprimir a abusividade no uso das penas através de diretrizes normatizadas, o Direito Penal:

Com a expressão "direito penal" se designam — conjunta ou separadamente — duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; e 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal. Tendo em conta esta duplicidade, e sem pretensões de dar uma definição — e sim uma simples noção prévia[...] ¹¹

Assim, temos a legislação, o conjunto de normas aplicadas pelo Direito Penal, que estabelece o norte a se seguir pela sociedade. Os princípios penais constitucionalizados ou não, compõem o núcleo essencial da matéria penal, protegendo as garantias e liberdades para ambas as partes do conflito. Zelam pela aplicação das normas de acordo com o pregado pelo nosso Estado Democrático de Direito.

Contudo, o poder punitivo do Estado ainda se sustenta no cotidiano popular, na ideologia da defesa social, a qual para Baratta é o liame entre a Escola Clássica e as Escolas Positivistas do Direito Penal:

La ideología de la defensa **social**3 (o del "fin") nació al mismo tiempo que la revolución burguesa, y mientras la ciencia y la codificación penal se imponían como elemento esencial del sistema jurídico burgués, ella tomaba el predominio ideológico dentro del específico sector penal. Las escuelas positivistas la han heredado después de la escuela clásica, transformándola en algunas de sus premisas, conforme a las exigencias políticas que señalan, en el seno de la evolución de la sociedad burguesa, el pasaje del estado liberal clásico al estado social. El contenido de esa ideología, tal como él ha entrado a formar parte —si bien filtrado a través del debate entre las dos escuelas— de la filosofía dominante en la ciencia jurídica y de las opiniones comunes no sólo de los representantes del aparato penal-penitenciario sino también del hombre de la calle (es decir, de las every day theories), es susceptible de reconstruirse sumariamente en la siguiente serie de principios. [...] ¹²



¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 69/70.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 83/84.

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica Y Crítica Del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª. ed. Argentino, 2004, p. 36. Tradução: A ideologia da defesa social (ou do

Dentro desta ideologia elucidada por Baratta, existem alguns princípios chave para a completude do conceito e a coerência teórica proposta, a saber, princípio da legitimidade (o Estado, enquanto expressão da sociedade, é legitimado para reprimir a criminalidade); princípio do bem e do mal (o delito é dano para a sociedade, sendo o delinquente um ser negativo no sistema social); princípio da culpabilidade (o delito é resultado de uma atitude interior contrária aos valores e normas sociais e legais); princípio do fim ou da prevenção (a pena não tem só caráter retributivo, mas ainda preventivo); princípio da igualdade (a lei penal é igual para todos) e; princípio do interesse social e do delito natural (os interesses protegidos pelo Direito Penal são comuns a todos os cidadãos).

Todavia, apesar de Baratta afirmar que *“el concepto de defensa social parece ser, en la ciencia penal, la condensación de los mayores progresos realizados por el derecho penal moderno”*¹³, o mesmo reconhece que o conceito de defesa social apresenta certas debilidades, sendo certo que outras teorias sociológicas acerca da criminalidade estão, do ponto de vista científico penal mais avançadas.

Logo, apesar da utopia do Direito Penal justo, moldado pelo Poder Legislativo, este estará sempre **submisso à discricionariedade do Executivo, que por diversas vezes cria precedentes equivocados ou acertados e, posteriormente, não raro, legitimados por súmulas, sempre sustentado pelo discurso da Defesa Social.**

De certo, o Direito é mutável, ele adapta-se à realidade da época, aos costumes, entretanto, no Direito Penal, a segurança jurídica e o devido processo legal devem ser certos, ou estaríamos validando novamente a “vontade do soberano”, a qual selecionará os punidos, incidência, o grau e o modo da punição.

“fim”) nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, e, enquanto a ciência e codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal. As escolas positivistas herdaram-na após a escola clássica, em algumas de suas instalações, de acordo com as exigências políticas que indicam, dentro da evolução da sociedade burguesa, a passagem do estado liberal clássico para o Estado social. O conteúdo dessa ideologia, como ele se tornou uma parteda filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns não só dos representantes do aparelho penitenciário penal, mas também do homem da rua (ou seja, das teorias de cada dia), é provável que seja reconstruído sumariamente na próxima série de princípios.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica Y Crítica Del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal*. 1ª. ed. Argentino, 2004, p. 36. Tradução: "o conceito de defesa social parece ser, na ciência criminal, a condensação dos maiores progressos feitos pelo direito penal moderno."

2. CONTROLE SOCIAL

Com o advento da sociedade e a “assinatura” do contrato social, recursos objetivando a garantia da ordem começam a apontar. Como já mencionado, o Direito se destaca na tentativa de proporcionar a vida em comunidade, pela inserção de princípios e regulamentos que exerçam o controle social.

Existem vários conceitos de controle social, pelo fato de tal expressão ser objeto de estudo de diversos segmentos, como sociologia, ciências políticas, filosofia, economia, política criminal... E, obviamente, cada campo de conhecimento atribui um significado, o que provoca uma certa indefinição à expressão.

Assim, de acordo com a abordagem usada, o controle social pode representar uma limitação à liberdade do indivíduo que a ele está submetido ou uma peça fundamental ao funcionamento do Estado, podendo, todavia, ser exercido de inúmeras formas e meios. Em sua obra, Muñoz Conde define que:



El control social es una condición básica de la vida social. Con él se aseguran el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta em una determinada forma o procedimiento. El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, constituyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros. No hay alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social.¹⁴

Pode se notar, portanto, que o **Direito**, em especial o Direito Penal, é empregado como um instrumento de controle social através de seus mecanismos de coerção, já que o Estado não consegue cumprir seus fins quando do desequilíbrio social. Como bem expõe Muñoz Conde: “*La función de motivación que cumple la norma*”

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 36. Tradução: O controle social é uma condição básica da vida social. Com ele se assegura o cumprimento das expectativas e os interesses contidos nas regras que regem a convivência, confirmando-as e estabilizando-as contrafactualmente, em caso de frustração ou fracasso, com a respectiva sanção imposta em uma determinada forma ou procedimento. Controle social, portanto, determina os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. Não há alternativas ao controle social; é inimaginável uma sociedade sem controle social.

penal es primariamente social, general, es decir, incide en la comunidad; aunque en su última fase sea individual, es decir, incida en el individuo concreto. ¹⁵.

Como já mencionamos, não há notícias de uma sociedade em que não se desviasse um indivíduo, logo, a infração faz parte da sociedade, sendo necessária a sanção que a reprima. Entretanto, a norma penal não se basta, pois o controle social é formado por diversos fatores, *“por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal.”*¹⁶.

Neste viés, impor uma norma penal que proíba uma infração, **não suficiente** para garantir a harmonia da comunidade, uma vez que a formação do controle social é muito mais complexa do que aparenta ser. A função que motiva o cumprimento de uma norma penal só tem garantida sua eficácia se for precedida ou complementada por uma motivação externa ao Direito Penal. Nas brilhantes palavras de Muñoz Conde:

Un Derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho penal puramente represivo, que sólo tendría eficacia como instrumento de terror.¹⁷

Em contrapartida, apenas a aplicação dos outros fatores do controle social, isolados da norma penal, seriam ineficazes caso não assegurados e garantidos por esta, não cabendo, por ora, um abolicionismo penal.

Históricamente, el orden social se ha mostrado como incapaz e insuficiente para conseguir por sí solo el grado de coacción necesario para que los ciudadanos respeten sus normas. En algún momento histórico, el grupo social recurre a un medio de coacción más preciso y vigoroso que es el orden jurídico. Titular de ese orden jurídico es el Estado que se presenta como el producto de una correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado.¹⁸

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 34. Tradução: O papel da motivação que cumpre o direito penal é eminentemente social, coletivo, ou seja, afeta a comunidade; embora em sua última fase, individual, ou seja, que incide sobre o indivíduo particular.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 38. Tradução: Por exemplo, todo mundo sabe que matar ou roubar é proibido, porém, este conhecimento se adquire, primeiramente, como norma social e, somente posteriormente, como norma jurídico-penal.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 40. Tradução: Um direito penal sem essa base social anterior seria tanto ineficaz quanto insuportável, e resultaria um vazio de conteúdo ou constituiria a típica expressão de um direito penal como instrumento de terror.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 34. Tradução: Historicamente, a ordem social demonstrou ser incapaz e insuficiente para alcançar, por si só, o grau de coerção necessário para que os cidadãos respeitem as suas normas. Em algum ponto histórico, o grupo social usa um meio


Portanto, o Direito Penal é o instrumento do controle formalizado, pois este legitima os demais mecanismos de controle, já que tem o poder de punir o infrator de qualquer tipificação penal, além deste, tem-se o controle institucionalizado, formado pelas instituições o Estado, que visam a garantia da concretização da norma.

Uma sociedade não poderia se sustentar apenas com regras de comportamento ditadas por preceitos sociais, morais e éticos, é necessário a função motivadora das normas penais para manter a ordem e conter os abusos. Entretanto, quando os demais fatores se encontram precários, o controle social pode se tornar ferramenta perigosa à seletividade e tirania, tendendo a ser “*mais anestésico em camadas sociais privilegiadas e que adotam os padrões de consumo de países centrais*”¹⁹



3. POLÍTICA CRIMINAL

3.1 Aplicação da Máxima Penal

A famosa teoria do *Direito Penal do Inimigo* é introduzida por **Günther Jakobs**²⁰. Para este autor, há dois tipos de cidadãos, aquele que, quando se desvia do padrão e rompe com uma norma, merece uma nova chance, por deter a capacidade de se ressocializar após o cumprimento de uma pena, mantendo, durante e depois desta, seu *status* de cidadão com todos os seus direitos sociais, processuais e físicos garantidos. 

No lado oposto, **Jakobs** *lecciona* que há determinados agentes que “*tem afastado, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa*”²¹ e, para tanto, não dispor de todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos.

Jakobs preconiza uma separação entre um Direito Penal do cidadão, caracterizado pela manutenção da vigência da norma diante de um delito, que protege as

mais preciso e vigoroso de coerção, que é a ordem legal. Detentor dessa ordem legal é o estado que é apresentado como o produto de uma correlação das forças sociais existentes em um determinado momento histórico.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p.56.

²⁰ Jurista alemão, autor de livros de Direito, filósofo e professor aposentado da Universidade de Bonn.

²¹ **CANCIO MELIÁ**, Manuel, in **JAKOBS**, Günther; **CANCIO MELIÁ**, Manuel. *Direito Penal do Inimigo* Noções Críticas, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007,p. 35.

garantias fundamentais, estabelecendo uma pena proporcional como coação pelo ato ilícito cometido, **bem busca** da reinserção do mesmo em sociedade, e um *Direito Penal para inimigos*, que legitima o desrespeito às leis e ao devido processo legal, bem como às penas impostas. Nas palavras do autor:

Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.²²

Este “inimigo” é definido por Hobbes²³ como aquele que quebra seus vínculos com a sociedade civil e o contrato social retornando à vida em estado de natureza, exposto no capítulo 2.1.

Vê-se uma “despersonalização”; uma “desumanização” do indivíduo, cerceando todas as garantias fundamentais e a ampla defesa, já que se trata de um processo inteiramente arbitrário que não respeita o devido processo penal, já que, sem sombra de dúvidas, o “inimigo” seria identificado antes mesmo da finalização do inquérito.

O Direito de Jakobs não analisa fatos, analisa o indivíduo inimigo. Este é punido pelo que ele reflete ser, representando o perigo à comunidade, ele não é julgado pelo ato criminoso. A crítica principal a esta teoria gira em torno do fato de o Direito Penal do Inimigo ser na verdade um Direito Penal do autor. Não há proporcionalidade, já que, conforme leciona Zaffaroni:

O direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas (...)²⁴

Cabe salientar, que não se trata de uma Política Criminal arcaica e adotada em um período de direitos fracos. O movimento Lei e Ordem apontou nos

²² CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo Noções Críticas*, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007, p. 30.

²³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

Estados Unidos em meio a crescente criminalidade da década de 70, tendo por objetivo o controle da violência por meio de um “combate” à criminalidade. Culminando com a criação, na década de 90, da política de *tolerância zero*, guiada pelo prefeito, Rudolph Giuliani de Nova York, que foi sustentada com a difusão da *teoria das janelas quebradas*²⁵.

Tal teoria defende que a regressão dos índices de criminalidade aconteceria por meio de uma rigorosa repressão e perseguição dos pequenos delitos inibindo os maiores, como forma de conter a violência pela raiz e evitando a “primeira janela quebrada”, pois “*prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei.*”²⁶.

Estes métodos de raciocínio são condenados no Direito Penal Brasileiro e pelo nosso Estado Democrático de Direito²⁷, principalmente influenciado pelas doutrinas do pós-guerra, **onde salientar** que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, preceitua: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”²⁸. Neste viés, Zaffaroni se manifesta:

o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social [...] tão somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra, um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando, conseqüentemente, o

²⁵ Teoria introduzida em 1982, quando o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, americanos, publicaram um estudo na revista *Atlantic Monthly*, estabelecendo, pela primeira vez, uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade.

²⁶ WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, 2004, p. 244.

²⁷ “Para reinvidicar, resgatar e dar peso de convicção à tese de que toda constituição investe força normativa direta, há que incluir em seu conteúdo a parte que resolve o status situacional da pessoa, em que um Estado democrático reconhece a dignidade humana, a liberdade e os direitos, prestando-lhes tutela e assegurando promoção. ”. CAMPOS, Germán J. Bidart, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, p.75.

²⁸ Constituição Federal. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23/04/17.

número de infrações penais aparentes, que, ao seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.”²⁹

Contudo, a “busca pela defesa social”, por vezes, legitima que o poder punitivo **seja exercício de forma** seletiva “como centro da estratégia de controle social”³⁰. A necessidade de se propagar uma mensagem de segurança, tende a ilusoriamente delimitar a “área” de atuação e o perfil do perigo, tornando-se necessária a criação de um inimigo artificial. Diversos agentes cumprem esse papel, o Estado trabalha de muitas maneiras.

O estado torna-se um espetáculo, diante do escasso exercício de poder efetivo de seus operadores: não importa que se faça, mas sim dar a impressão de que se faz. Não se atua sabendo que alguém observa, mas se atua para ser observado: trata-se de um quadro de dramaturgia estatal. [...] As leis penais são um dos meios preferidos do estado espetáculo e de seus operadores ‘showmen’, pois são baratas, de propaganda fácil e a opinião pública se engana com suficiente frequência sobre sua eficácia. Trata-se de um recurso que outorga alto crédito político com baixo custo. Por isso a reprodução, a irracionalidade legislativa e, sobre tudo, a condenação de todo aquele que duvide de sua eficácia.³¹

Caracterizar fomenta o ódio, legitimando atuações arbitrárias como forma de se garantir segurança e paz social, Zaffaroni assevera que “[...] *o poder público exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social*”³².

3.2 Abolicionismo Penal

Em face a voracidade do Estado “Leviatã” colide o abolicionismo penal, movimento promovido por Louk Hulsman que prega uma absoluta transformação das estruturas de controle social, extinguindo não somente o cárcere, mas todos os sistemas formais.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 17.

³⁰ MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.34.

³¹ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ, Editora Impetus, 2011, p.12

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

Em sua obra, *Penas Perdidas*, Hulsman sustenta que o sistema penal é um método ultrapassado e ineficaz para a solução de conflitos, pois, além de não proteger o bem jurídico e a sociedade, não previne a criminalidade. O autor tece várias críticas ao sistema europeu, mas que se encaixam perfeitamente em nosso sistema atualmente adotado, cabendo destacar algumas³³.

Uma das críticas ao sistema penal é o que chama de “Cifra Negra da delinquência”, “muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina”³⁴, ou seja, inúmeros acontecimentos criminalizáveis, por motivos diversos, não são alvos da persecução penal. Assim,

se uma enorme quantidade de fatos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelas agentes do sistema pessoalmente alertados por denúncias concretas, isto significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos. [...] Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal e estatisticamente desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apoia são radicalmente deturpados, na medida que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são casos registrados.³⁵

Como uma crítica à pena privativa de liberdade, Hulsman considera que esta não cumpre seu papel proposto, se tratando apenas de uma causa de degradação do indivíduo, defendendo que o “*sistema penal fabrica culpados na medida em que seu funcionamento se apoia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação*”³⁶, de forma que não só o agente encarcerado estaria sofrendo com esse tipo de sistema, mas também a sociedade que começa a ser movida pela vingança, punição e culpa, profundamente enraizados na consciência social pelo modo como se organiza a vida na sociedade capitalista.

Ao se retirar o agente delinquente do convívio com a sociedade, estaria se perpetuando a criminalidade, pois, desta forma, se produz uma rejeição social àquele,

³³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993, p.55/92

³⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993, p.64.

³⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993, p.65.

³⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993, p.67.

o que determinaria sua personalidade com a crença de ser realmente um sujeito de “caráter desviante”. Entendendo ainda que, o Direito Penal não proporciona ao indivíduo a possibilidade real de se resolver o conflito, já que não deixa opções de agir a este, a sanção é pré-definida.

Por fim, cabe destacar a ideia de seletividade ao encarceramento, que ocorre com a ajuda de alguns agentes.

Se a mídia não se dedicasse apenas ao sensacionalismo, não se preocupasse somente em dar repercussão a esses horríveis processos dos tribunais que se considera mais importantes, poderíamos saber melhor o que se todos os dias nas centenas de saletas, onde juízes têm competência para condenar as dezenas de milhares de **peessoas eu povoam** nossas prisões.³⁷

Ou seja, pessoas comuns que têm problemas com a lei, mas isso não é exposto, o que provoca um silenciamento **do “marginalizados”**, deixando o sistema penal livre para criar e reforçar as desigualdades sociais, escolhendo quem será perseguido, reforçando o caráter dos “alvos” do sistema penal de excluído da sociedade.


A abolicionismo penal não visa acabar com os crimes impondo uma solução para a completa pacificação dos conflitos, menos ainda que se assente a impunidade, na verdade, propõe alternativas mais humanas, visando uma nova forma de se encarar os problemas da sociedade, superando o pensamento da classe dominante que estabelece obstáculos à ruptura com a ordem opressora e cruel do sistema penal.

Certamente, não há espaço para a Máxima Penal, mas não se busca, inclusive, o *abolicionismo penal*. O Direito Penal, principalmente em sua aplicação, apresenta falha indiscutíveis, mas na atual conjuntura, ele ainda se torna necessário para a manutenção mínima do controle social, como assevera Muñoz Conde:

Los modelos de sociedad actualmente existentes no han podido renunciar todavía a esa instancia formalizada de control social que es el Derecho penal. Y es presumible que la renuncia del Derecho penal en las actuales circunstancias no suponga ningún avance en orden a la consecución de una mayor libertad, sino más bien lo contrario: que las tareas reservadas tradicionalmente al Derecho penal sean asumidas por otras instancias del control social más difíciles de controlar y limitar que las penales propiamente dichas (26), consiguiendo con ello, no eliminar el Derecho penal, sino algo peor que el Derecho

³⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993, p.75.

penal mesmo, o que se cambien las palabras, pero no la realidade.³⁸

Desta forma, há muito o que evoluir antes de uma abolição do sistema penal, a sociedade precisa de um amadurecimento em muitos setores para que seja concretizada esta ideia, “*não havendo qualquer possibilidade, pelo menos na sociedade atual, de abrimos mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do ordenamento jurídico são capazes de resolver quaisquer tipos de conflito e lesões a bens jurídicos de relevo*”³⁹. 

Sabemos que sustituir el derecho penal por algo mejor será posible sólo cuando sustituyamos nuestra sociedad por una sociedad mejor, pero no debemos perder de vista que una política criminal alternativa, y la lucha ideológica y cultural que la acompaña, deben desarrollarse con miras ala transición a una sociedad que no tenga necesidad del derecho penal burgués, y que, entre tanto, deben realizarse en la fase de transición todas las conquistas posibles para la reapropiación, por parte de la sociedad, de un poder alienado, y para el desarrollo de formas alternativas de autogestión de la sociedad, aun en el campo del control de la desviación.⁴⁰

3.3 Princípio da Intervenção Mínima

O poder não pode existir em plenitude e desacompanhado. Não pode o Estado criar proibições e arbitrar castigos sem que para isso observe um conjunto de requisitos e pressupostos.

O poder para a aplicação e manipulação do Direito Penal não pode se manifestar indiscriminadamente, devendo ser ele limitado. Esta limitação é imposta por

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985 p. 40/41. Tradução: Os modelos de sociedade atualmente existentes não têm podido renunciar por completo desta instância formalizada de controle social que é o Direito Penal. E é presumível que a renúncia ao Direito Penal nas atuais circunstâncias não supõe **nenhum avanço** no sentido da obtenção de uma maior liberdade, senão muito pelo contrário: que as tarefas reservadas tradicionalmente ao Direito Penal seriam assumidas por outras instâncias do controle social mais difíceis de controlar e limitar que as penas propriamente ditas, conseguindo com isso, não eliminar o Direito Penal, mas algo pior do que o Direito Penal, se mudando as palavras, mas não a realidade.

³⁹ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ, Editora Impetus, 2011, p.11.


⁴⁰ BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica Y Crítica Del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal. 1ª. ed. Argentino, 2004, p. 221. Tradução: Sabemos que substituir a lei penal por algo melhor só será possível quando substituirmos nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista uma política penal alternativa, e a luta ideológica e cultural que a acompanha, deve ser desenvolvida com vista à transição para uma sociedade que não tem necessidade de direito penal burguês, e que, **entretanto, , todas** as conquistas possíveis para a reapropriação pela sociedade de um poder alienado e para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, mesmo no domínio do controle de desvio, devem ser executadas na fase de transição.

diversos mecanismos legais frutos de longa luta entre os cidadãos, com especial crescimento no Iluminismo, e o autoritarismo dos detentores do poder, e, a despeito das inúmeras tentativas de relativizar ou excluir tais limitações, estas nunca devem deixar de ser observadas.

Neste cenário, durante a evolução das garantias e proteções do cidadão frente à arbitrariedade do Estado no uso de seu poder, observou-se que o Direito Penal foi usado não só como forma de controle social, mas para promover a manutenção do poder nas mãos daqueles que o detinham e justificar barbáries sociais e humanas.

Por isto, faz-se crucial **a observâncias** dos mais diversos princípios garantidores da limitação do poder estatal de punir e manipular o Direito Penal. Neste viés, surge o princípio da intervenção mínima. Conceitualmente, nas palavras de Muñoz Conde o princípio da intervenção mínima propõe que:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.⁴¹

Do ponto de vista histórico, o nobre doutrinador Nilo Batista bem ressalta que tal princípio está diretamente ligado a **“ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais”**⁴². 

Assim posto, segundo o princípio em comento, se as outras vertentes do Direito (Direito Civil, Direito do Trabalho etc.) forem capazes de conter os atentados a determinado bem jurídico, não há razão para o Direito Penal intervir nestes casos.

A intervenção do Direito Penal deve ser a menor possível. Afinal, será por esta via que o Estado irá impor as penas mais severas contra o seu cidadão, como a pena de privação da liberdade. É neste sentido que assinalou Bittencourt, indicando que **“se outras formas de sanção ou outros meios de controle social se revelar suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”**⁴³.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, p. 59-60, Barcelona: Bosch, 1975.

⁴² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 84.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da lei nº. 9.714/1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.35.

Em síntese, o princípio da intervenção mínima propõe critérios básicos e de observância obrigatória para o legislador e para o intérprete da lei penal, protegendo os eventuais destinatários da norma penal de arbitrariedades, sejam elas legislativas ou no plano de aplicação no judiciário.

Em decorrência do princípio da intervenção mínima, surgem dois aspectos/princípios com derivação lógica deste: princípio da subsidiariedade e o princípio da fragmentariedade.

O princípio da subsidiariedade do Direito Penal determina que, como já citado, este ramo do Direito deva ser a *ultima ratio* do Direito. Se o conflito apresentado possa ser solucionado utilizando outras áreas do Direito, não deve ser aplicada norma penal para regular o caso.

Por sua vez, o princípio da fragmentariedade busca delimitar o campo de atuação do Direito Penal frente a infinidade de fatos que ocorrem no cotidiano da sociedade e que porventura poderiam ser analisados ou colocados sob a ótica penal. A aplicabilidade do aspecto fragmentário do princípio da intervenção mínima está diretamente ligada à teoria dos bens jurídicos tutelados, ao passo que seriam divididos os bens jurídicos diversos entre eles e separados aqueles que o legislador entender serem merecedores de proteção máxima, ou seja, proteção pela norma penal.

O Direito Penal só deveria se ocupar com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos. Assim, em conjunto com o princípio da intervenção mínima e com o princípio da subsidiariedade, se depreende que a norma penal deve ser elaborada e aplicada somente em casos em que outros ramos do Direito não possuam solução eficaz para solucionar a questão, e, ainda, existam bens jurídicos eleitos pelo legislador em risco de serem afetados.

Isto se dá, pois quando se está submetido aos pressupostos de um Estado Democrático de Direito, necessário se faz ter em mente que a intervenção do Estado na vida dos cidadãos deve ser mínima, vez que o detentor da titularidade da soberania é o povo, que empresta apenas a parte necessária para que o poder do Estado se constitua.

Inicialmente, recai sobre o Legislador a escolha de quais bens jurídicos serão tutelados. Cabe a ele, despido de interesses pessoais e observando a promoção e manutenção dos princípios e garantias fundamentais, elaborar normas e estabelecer parâmetros de aplicação de pena para determinadas condutas.

Num segundo momento, a titularidade da responsabilidade acerca da norma é transferida ao Magistrado, principalmente quando provocado a verificar a validade da persecução penal iniciada pelo Estado acusador.

Assim, o Estado Jurisdição, ou seja, o magistrado, desvestindo-se da faceta inquisitiva que reinou no sistema inquisitorial e com máxima atenção e respeito ao sistema constitucional acusatório, imparcial por excelência, incumbe analisar o fato sob judice, as consequências derivadas dele e, por último, estabelecer um equilíbrio entre a necessidade/adequação e utilidade da persecução penal, tendo em vista que o Direito Penal deve ser, como citado anteriormente, a *ultima ratio*, substituído por todas outras, por ventura, aplicáveis anteriormente a este.

No entanto, o que se observa na realidade do sistema penal brasileiro é um constante desrespeito quanto a estes pressupostos, em especial no que toca à atividade judiciária quando provocada. Na prática o que se verifica é que se está usando **a pena de excessivamente**, esticando-se de forma absurda a legislação, o que consequentemente gera a redução do viés intimidador da sanção penal, pois há ainda quem acredite que aumentar as penas e não cumprir garantias do cidadão, vão solucionar a problemática da segurança pública.

Pode-se dizer que o que é visto atualmente no cenário brasileiro é a aplicação do Direito Penal Máximo, em que os detentores da responsabilidade de manuseio das normais penas, a usam para promover discursos populistas, revestidos de seus próprios interesses e despidos de qualquer compromisso e vinculação com a realidade vista no país. Sobre o uso da Lei Penal para estes fins, discorre Zaffaroni:

El estado deviene un espectáculo ante el escaso ejercicio de poder efectivo de sus operadores: no importa que se haga, sino dar la impresión de que se hace. No se actúa sabiendo que alguien observa, sino que se actúa para ser observado: se trata de un cuadro de dramaturgia estatal. [...] Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores “showmen”, em razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engana com suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de um recurso que otorga alto rédito político com bajo costo. De allí la reproducción, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia.⁴⁴

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad Nacional a La Urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 20, Out./Dez. 1997. p. 13-23 Tradução: “O estado promove um espetáculo no exercício do poder efetivo de seus operadores: não importa o que é feito, mas a impressão que é dada do que é feito. Não se está agindo sabendo que alguém observa, mas que há alguém observando: é uma caixa de dramaturgia do estado. [...] As leis penais são

O que ocorre é que o Direito Penal, nos dias de hoje, é utilizado pelos discursos políticos ao mesmo tempo como vilão e solução para a maioria dos problemas. Pretendem atribuir que os problemas que na verdade são sociais e de políticas públicas, tem origem em uma legislação penal branda, que não pune os desviantes com o rigor que deveria.

Para este pseudoproblema, propõem que, ao revés do que foi abordado em linhas acima, sejam criadas novas normas para expandir ainda mais a legislação penal, abarcando mais e mais bens jurídicos, englobando questões que são tratadas em outros ramos do Direito. Há uma desvirtuação da norma penal, a qual somente deveria ser invocada para intervir nos casos em que há uma grave violação social, já que cuida ela dos bens mais caros para o cidadão.

Ao transitar e disciplinar condutas que deveriam ser tratadas por outros ramos do Direito, figurando como simples sancionador do desrespeito de normas de outra natureza, o Direito Penal agrava ainda mais as condutas previstas nos diplomas normativos de outros campos que se utilizam do seu viés sancionador e que já carregam consigo um caráter repressor bastante severo.

Na estrutura da Law and Order, criam-se tipos penais novos, exacerbam-se as penas dos tipos já existentes, alarga-se a esfera de atuação da polícia, aumentam-se as medidas cautelares, suprimem-se as garantias processuais, ou seja, reforça-se a repressão em detrimento da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias. As leis criadas nesse ambiente não precisam ser eficazes para a tutela de bens jurídicos, pois visam apenas a dar tranquilidade, ainda que aparente, ao cidadão, apaziguar a opinião pública exaltada, exercer uma função puramente simbólica.⁴⁵

Desta forma, o princípio da intervenção mínima se afigura como um instituto crucial para a garantia dos direitos individuais, não permitindo arbitrariedades do Estado na esfera particular dos cidadãos e promovendo a mais plena aplicação da norma penal, ao passo que, esta se ocuparia somente com o necessário e indispensável. Por outro lado, “*o direito penal máximo serve apenas para enfraquecer os direitos e garantias fundamentais e para acabar com a ideia de direito penal mínimo, dando*

uma das mídias favoritas do espetáculo estatal e de seus operadores "exibicionistas", em razão de que eles são baratos, de propaganda fácil e a opinião é obtida com frequência suficiente sobre a sua eficácia. Este é um recurso que dá alta receita política com baixo custo. Daí a reprodução, a irracionalidade legislativa e, acima de tudo, a condenação a quem duvida da sua eficácia”

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: anotação sistemática à lei n. 8.072/90*, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

causa à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário".⁴⁶

4. SOBRE SÚMULA 582 DO STJ



A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou, em 14 de setembro de 2016, a súmula 582, que altera o entendimento acerca da consumação do crime de roubo, nos seguintes termos:

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

Em voto, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, inicialmente faz uma síntese da demanda, que nos cabe acrescentar ao presente tópico.

O Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que reconheceu a ocorrência de tentativa.

Alegou que tal acórdão contrariou os artigos. 14, I, e 157, ambos do Código Penal, pois o crime de roubo seria consumado no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto saia da esfera de vigilância da vítima.

A Defensoria Pública da União, no mérito, alegou a não consumação do crime, uma vez que "*o crime será tido como consumado somente quando atingir o bem jurídico tutelado, na sua integralidade*", pugnando pela manutenção do acórdão anteriormente proferido.

Em item III do acórdão, o relator inicia o entendimento doutrinário acerca da consumação do roubo e furto, reconhecendo o avanço histórico, pela introdução da possibilidade da tentativa:

[...]no âmbito do direito romano, levou à distinção de quatro momentos da ação: (a) a ação de tocar o objeto (contrectatio); (b) a ação de remover a coisa (amotio); (c) a ação de levar a coisa, tirando-a da esfera patrimonial do proprietário (ablatio); (d) a ação de colocar a coisa em lugar seguro (illatio). Soler

⁴⁶ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 104.

conclui que todas essas diferenciações foram fruto direto de derivações da teoria da posse, segundo lição de Theodor Mommsen, no seu "Direito Penal Romano". O porquê de tanto esforço intelectual pode ser encontrado no fato de o direito romano não ter desenvolvido a ideia de "tentativa", motivo pelo qual era necessária a antecipação da consumação, considerando-se já consumado o furto com o simples toque da coisa, sem necessidade de levá-la.⁴⁷

Concluindo pela impossibilidade de se antever, aprioristicamente, o momento da consumação, se direcionado à análise jurisprudencial do tema, na tentativa de se definir qual seria, então, o **memento** quando o delito se dá por consumado.

Para tanto, apresenta dois precedentes que demonstram o progresso da jurisprudência. Em precedente "A" adotado⁴⁸, apresenta o entendimento pacífico do STF até a década de 70, "*segundo o qual o roubo próprio se consuma com a subtração mediante violência ou grave ameaça, independentemente de ter tido o agente a posse pacífica, ainda que efêmera, da res furtiva*"⁴⁹.

Contrariamente, o precedente "B"⁵⁰, mais atual, datado de 15/9/1981, se posiciona no sentido de que há a presença da tentativa pela "*consideração de não haver chegado o réu a ter, diante das circunstâncias do caso, disponibilidade da coisa subtraída*". A partir desta, começam a se dividir algumas correntes sobre o momento da consumação:

Observava-se, à época, acerca da consumação do crime de roubo próprio, a existência de duas correntes na jurisprudência do STF:

a) a orientação tradicional, que considera consumada a infração com a subtração da coisa, mediante violência ou grave ameaça, sem cogitar outros requisitos, explicitando ser desnecessário o locupletamento do agente (RE n. 102.389-9/SP, 2ª T., Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 17/8/1984);

b) a orientação segundo a qual se exige, para a consumação, tenha a coisa subtraída saído da esfera de vigilância da vítima ou tenha tido o agente a posse pacífica da res, ainda que por curto lapso. Para essa corrente, havendo perseguição imediata ao agente e sua prisão logo em seguida, com o produto do roubo, não há que se falar em roubo consumado.⁵¹

⁴⁷ STJ, RE Nº 1.499.050 - RJ (2014/0319516-0), Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 14.09.2016. Inteiro teor, fl. 08.

⁴⁸ HC n. 49.671/SP, Ministro Luiz Gallotti, 14/2/1972, RTJ 61/647-648

⁴⁹ STJ, RE Nº 1.499.050 - RJ (2014/0319516-0), Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 14.09.2016. Inteiro teor, fl. 09.

⁵⁰ RE n.93.099-9/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 18/12/1981

⁵¹ STJ, RE Nº 1.499.050 - RJ (2014/0319516-0), Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 14.09.2016. Inteiro teor, fl. 11.

Justificando-se por Códigos Penais estrangeiros, como da Alemanha e Espanha, introduz a predominância da teoria da *apprehensio* (ou amotio), esclarecendo que bastaria que o agente fizesse cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a possuir o objeto, para estar configurada a consumação, não importando a imediata recuperação do bem pela própria ou por terceiros.

Rejeita-se a teoria *ablatio*, a partir da qual a consumação do roubo ocorreria no momento em que a coisa fosse subtraída da esfera de proteção e disponibilidade da vítima e permanecesse na posse mansa e pacífica do agente, bem como a teoria *illatio*, que define o momento consumativo como aquele em que o objeto subtraído for levado a um local calmo, tranquilo, de livre escolha do autor do delito, culminando com o sucesso do iter criminis.

Ademais, verifica-se que, o embasamento doutrinário utilizado pelo acórdão em comento é marcado pelas ideias do doutrinador italiano Vincenzo Manzini, conhecido como um dos maiores expoentes do marco legislativo do fascismo italiano do século **xx**. Vale ressaltar que neste cenário idealizado por tal autor, a presunção de inocência e outras demais garantias do acusado no processo penal eram por vezes relativizadas ou até mesmo excluídas.

Isto posto, é claro o total descompasso entre a fundamentação e do embasamento teórico de tal decisão com o cenário brasileiro de proteção aos direitos e garantias fundamentais do acusado na era pós Constituição de 1988.

4.1 Caminho do crime: execução e consumação

Foi inserido no Direito Penal o conceito de tentativa, a “*impossibilidade de se antever, aprioristicamente, o momento da consumação*”. O que representava um avanço significativo pela introdução de um “*itinerário a percorrer entre o momento da ideia de sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de iter criminis*”⁵².

Esta compreensão divide o crime em etapas, que devem ser percorridas para que haja a criminalização da conduta, seja pela consumação ou pela tentativa.

Tenhamos em consideração que o delito se inicia, cronologicamente, com uma idéia na mente do autor, que através de um processo que abrange a concepção (idéia criminosa), a decisão, a preparação, a execução, a consumação

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 156.

e o exaurimento chega a afetar o bem jurídico tutelado na forma descrita pelo tipo.⁵³

Pelo Princípio da Intervenção Mínima, a punibilidade dos atos acima elucidados se restringe à exteriorização da conduta. “*O momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a idéia de praticar o crime*”⁵⁴ é um fato irrelevante para o Direito Penal, caso não venha a se concretizar. Como bem assevera Bittencourt:

Nesse momento puramente de elaboração mental do fato criminoso, a lei penal não pode alcançá-lo, e, se não houvesse outras razões, até pela dificuldade da produção de provas, já estaria justificada a impunibilidade da *nuda cogitatio*.⁵⁵

A decisão se dá pela delimitação da concepção, é a tomada de forma, o cálculo dos empecilhos, resultados e consequências, conforme elucidada Becker:

É o desígnio criminoso que vai assumindo contornos mais definidos na forma de um plano ou de um projeto, no qual são esboçados os detalhes, representados os resultados pretendidos, previstas as dificuldades e antecipadas as alternativas de superação das mesmas.⁵⁶

Logicamente, por não haver uma exteriorização, necessária à penalização, não há punibilidade.

Por fim, dentro do âmbito dos atos afastados da tipificação, temos a preparação que em geral⁵⁷ não é punível e consiste na criação das “*condições prévias adequadas para a realização de um delito planejado.*”⁵⁸, podendo ser verificada pelas “*atividades materiais ou morais de organização prévia dos meios ou instrumentos para o cometimento do crime.*”⁵⁹.

Superadas estas fases, temos a execução, quando o agente inicia a exteriorização do ato anteriormente planejado encaminhando-se para a consumação, entretanto, independente desta, ou seja, “*é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para*

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p 700.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 319.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 362.

⁵⁶ BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 53.

⁵⁷ Há exceções em que o legislador, por razões de política criminal, tipifica atos preparatórios como delitos autônomos, como nos crimes de petrechos para falsificação de moeda e petrechos de falsificação.

⁵⁸ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. v. 2. Ediciones Ariel: Barcelona, 1967. p. 168.

⁵⁹ DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 325.

chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes”⁶⁰.

Após iniciada a execução, há a chance de que o resultado visado não culmine. Como adotado em nosso ordenamento, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, sendo por circunstâncias alheias à vontade, o agente responderá pela pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, ou seja, é considerada a tentativa.

Finalmente, tem-se o exaurimento, quando o agente *“consegue o resultado visado. O delito estará exaurido quando produzir todos os efeitos danosos consequentes à violação, não podendo mais o agente intervir para impedi-la”⁶¹.*

Verifica-se, portanto, a harmonia do adotado caminho do crime com a configuração da tentativa em caso de inexistência da posse mansa, pacífica ou desvigiada, uma vez que, não há como se determinar a consumação quando o agente se encontra em fase de execução, que independe desta, podendo ser interrompida imediatamente pela própria vítima ou terceiros, prezando pelo princípio da intervenção mínima.

4.2 Seletividade do Sistema Penal: Crimes Patrimoniais



Pelo todo exposto até o momento e evidenciado pela súmula questionada, temos que o Sistema Penal, como forma de controle social, opera de maneira desigual já na seleção de bens jurídicos penalmente protegidos e condutas passíveis de penalização e, posteriormente, seleciona, ainda que indiretamente, os indivíduos delituosos.

A primeira fase citada é conhecida por Criminalização Primária. Esta, é um ato formal e fundamentalmente programático, ou seja, através do processo de edição de leis penais, definidoras do bem jurídico tutelado, momento da consumação, qualidade e quantidade da pena, é iniciada a seleção do indivíduo que mantém uma conduta desviante, o qual deve ser reprimido entes estatais.

A formulação técnica de normas penais seleciona de maneira clara a conduta “grave” aos olhos do Estado, sendo alvo de diversas edições e complementações até que se puna o inimigo construído e escolhido.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, Parte Geral, Parte Especial 4^a.ed.: São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p.312.

⁶¹ BECKER, Marina. Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 68.

Uma pesquisa realizada pelo DEPEN⁶², em dezembro de 2014, que tinha por objeto de questionamento a existência do registro das informações sobre o perfil das pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais, verificou que “*nos últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro teve um aumento de 267,32%, muito acima do crescimento populacional*”⁶³, que atualmente geraram um déficit no sistema. São 622.202⁶⁴ pessoas encarceradas para as 371.884 vagas espalhadas pelo Brasil.

A pesquisa traça um perfil destes agentes e conclui:

O perfil criminal das pessoas privadas de liberdade pode variar no tempo em função de diversos fatores: mudanças na dinâmica criminal, alterações na legislação, ênfase maior ou menor do sistema de justiça criminal sobre certos crimes e criminosos e diversos outros fatores. Assim, mudanças no perfil criminal não refletem, necessariamente, “tendências criminais”, mas, antes, preferências e práticas do sistema de justiça criminal [...] Como é sabido, após as sucessivas etapas – polícia, Ministério Público e judiciário – sobram os criminosos não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso a defesa e reincidentes.⁶⁵

Para uma visão mais concreta da realidade, transformando-se em números, a porcentagem de negros/pretos e pardos nas prisões é de 53,63%, em sua maioria jovens de 18 a 29 anos, que representam 55,07% desta população carcerária⁶⁶.

Analisando a educação⁶⁷, 75,08% destes indivíduos encarcerados não chegaram a cursar o ensino médio (completo ou incompleto), representando a maior porcentagem, a de 49,58%, daqueles que têm o ensino fundamental incompleto. E, apenas 1,43% da população carcerária do Brasil teve acesso a um ensino superior (ensino superior incompleto (0,95%); ensino superior completo (0,46%) e; acima do ensino superior completo (0,02%)).

⁶² Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>.

⁶³ Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, gráficos p. 18 e 22

⁶⁴ Cabe ressaltar que este número representa apenas a amostra da população custodiada nas unidades que dispunham de informação sobre movimentação no momento dos levantamentos realizados, 81,5% da população total.

⁶⁵ Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, p. 32.

⁶⁶ Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, gráficos p. 36 e 42.

⁶⁷ Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, tabela detalhada p. 47.

O crime patrimonial, ponto em que pretende-se enfoque, representa 46% das sentenças destas pessoas atualmente condenadas⁶⁸, 25% apenas o delito de roubo, que só fica atrás da condenação por tráfico de drogas (28%).

A Criminalização Primária, não raro, vem envenenada pelo controle social viciado, que por vezes, foca em crimes cometidos pela população marginalizada, sem oportunidades ou assistência governamental. E o Estado, através dos veículos de comunicação, ao contrário do devido, incentiva a ideia da presença constante do inimigo a ser combatido, isolado, castigado. Com isto, um processo que já é seletivo por natureza, é, também, outorgado pela opinião pública sufragada pela mídia. Como bem explica Andrade:

Quanto aos “conteúdos” do Direito Penal abstrato, esta lógica se revela no direcionamento predominante da criminalização primária para atingir as formas de desvios mais débeis e marginalizados. Enquanto é dada a máxima ênfase à criminalização das condutas contrárias às relações de produção (crimes contra o patrimônio individual) e políticas (crime contra o Estado) dominantes e a elas dirigida mais intensamente à ameaça penal; a criminalização de condutas contrárias a bens e valores gerais como vida, a saúde, a liberdade pessoal e outros tantos não guarda a mesma ênfase e intensidade da ameaça penal dirigida à criminalidade patrimonial e política.⁶⁹

Cabe destacar que, ao entrar no âmbito da definição do momento da consumação do crime de roubo, afeta-se ainda que indiretamente, de forma geral, os crimes patrimoniais, já sendo aplicado, inclusive a casos de furto⁷⁰, antes mesmo da edição da súmula 582 do STJ.

Esta Criminalização Primária (abstrata) que, no presente contexto, se apresenta da forma discreta da edição da súmula, por fim, é complementada pela Secundária, que assegura a aplicação e eficácia da norma já viciadas socialmente, através dos operadores do Direito, que são guiados “*a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-*

⁶⁸ Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>, gráficos p. 33/34.

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 279.

⁷⁰ A título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.220.817 - SP, DJe de 28 de junho de 2011, Relator o Ministro Og Fernandes, entendeu no sentido de que o crime de roubo – da mesma forma que o crime de furto – se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia, ainda que não seja a posse tranquila, fora da vigilância da vítima. Veja-se ainda: Recurso Especial 932.031/RS, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 14 de abril de 2008.

la.”⁷¹, ou seja, nas áreas pobres, pretas e com acesso precário à educação, já que, conforme leciona Baratta⁷²:

As maiores chances de ser “selecionado para fazer parte da população criminoso”, aparecem nas camadas mais baixas da escala social. A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.

Temos, portanto, a criação do inimigo moderno de Jakobs, que jamais se apagou, apenas se moldou às realidades da época de acordo com a necessidade do Poder. Logo, o contrato social “firmado” que garante a delegação do poder punitivo ao terceiro “justo” e imparcial, torna-se um retrocesso ao Estado de Natureza, entretanto, homologado e aplicável.

CONCLUSÃO

Dentre todas as diversas variáveis encontradas numa profunda análise da dogmática Penal e Processual Penal, existe uma que está sempre presente, em especial quando se observam suas aplicações e os sujeitos responsáveis por sua implementação e detentores de sua titularidade: o poder.

A delegação do Poder Punitivo ao soberano, foi acertada para eliminar (ou pelo menos, diminuir) a vingança privada. Entretanto, resquícios desta realidade ainda são mantidos pelo constante discurso midiático da impunidade.

O Estado, após o “contrato social” firmado, instituiu seu papel de detentor da titularidade de manipular os mecanismos penais e, conseqüentemente, o poder punitivo, ao passo que por um lado define quais condutas são proibidas, por outro indica qual será o castigo para aqueles que se desviam de tal proibição. Assim, pressionado e justificado pela decorada oração da “Defesa Social”, se empenha em criar a sensação da paz e segurança através da criação de normas desproporcionais como método de controle.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 176/177.

⁷² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

A aplicação do Sistema Penal como método de Controle Social é inteiramente necessária para manter a ordem e a estrutura de qualquer sociedade, mas deve ser tido de modo complexo, com a associação de seus conceitos em diferentes áreas. A função que motiva o cumprimento de uma norma penal só tem garantia de sua eficácia se for precedida ou complementada por uma motivação externa ao Direito Penal, caso contrário, este apenas funciona como instrumento de terror.

Já os demais mecanismos de controle, incluindo os intrínsecos na sociedade, são legitimados pelo Sistema Penal, os quais não teriam eficácia de forma isolada. Verifica-se, desta maneira, uma relação de dependência para o andamento pleno.

Não se defende, portanto, o abolicionismo penal, mas não há espaço, em nosso ordenamento, para o Direito Penal do Inimigo de Jakobs. A Máxima Penal, auxiliada pelo discurso do ódio, da eterna vigilância, do inimigo próximo e iminente, não tem espaço em um Estado que busca a ressocialização de seus indivíduos desviantes e a isonomia entre os cidadãos.

Não há a possibilidade da “quebra seus vínculos com a sociedade civil” após a assinatura do contrato social pela “despersonalização” do caracterizado inimigo, que por diversas vezes, mesmo na atualidade, é identificado ainda na fase pré-processual. Afinal, o espaço para o Direito Penal tirano, entendendo o criminoso como o inimigo a ser rigorosamente etiquetado, combatido e eliminado, nunca desapareceu, estando presente de forma discreta nas Criminalização Primária e Secundária.

A nova súmula, mexe diretamente com a parcela da população vítima de péssimas condições sociais que podem direcionar ao crime patrimonial. Esse retrocesso julga o fato ou o agente?


Trata-se de um sistema penal que se encaminha à outorga de condutas exageradas pelos aplicadores do Direito. Se pregamos o princípio da intervenção mínima e somos aversos à aplicação da Máxima Penal, como aceitar em nosso ordenamento a condenação da tentativa idêntica à consumação que atinge apenas um delito específico (ou natureza de crime específica), logo, um tipo de agente específico?

Percebe-se que, em teoria, o Direito Penal Brasileiro adotou teorias compatíveis com a realidade para identificar o delito e sua etapa, de forma a não punir seletiva e indiscriminadamente. O *Iter Criminis* está em conformidade com o ocorrido

na realidade aceitando a presença da tentativa, pelo fato de que, iniciada a execução, esta independe da consumação.

O legislador acerta ao punir de forma diversa, o agente que, por motivos alheios, não chega ao resultado esperado, justamente pela gravidade da lesão, prezando não somente pela tutela do bem, mas pela proporcionalidade e pelo princípio da intervenção mínima.

A súmula 582 do STJ, quebra com todo o pensamento construído ao longo de muita evolução para punir uma parcela da sociedade de forma mais rigorosa e injusta. Parcela esta que, como demonstrado represente, obviamente o fragmento que o Estado selecionou por séculos.

Carnelutti  afirma que o direito é como a chuva que molha a todos, exceto aqueles que possuem guarda-chuva. Tal manifestação se faz clara no atual sistema penal aplicado, onde os grandes crimes praticados por indivíduos detentores de poder e capital são cobertos pelas asas do Direito, enquanto os que não detêm de proteção contra a chuva, são vítimas esquecidas de uma forte tempestade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;
- BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica Y Crítica Del Derecho Penal: Introducción a la sociología jurídico-penal. 1ª. ed. Argentino, 2004;
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997;
- BECKER, Marina. Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p 53;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da lei nº. 9.714/1998. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: saraiva, 2008. p. 362;
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995;
- CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo Noções Críticas, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007;**
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Editora Vozes, 20ª edição, 1999;
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos: anotação sistemática à lei n. 8.072/90, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 83;
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;
- GAUER, Gabriel José Chittó; NETO, Alfredo Caraldo; PICKERING, Viviane Leal. “REALIDADE DO INDIVÍDUO NA PRISÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLENCIA” GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos – 2. ed. rev. e atual – Porto Alegre, 2017;
- GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ, Editora Impetus, 2011;
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>, acessado em: 22/03/2017;
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O Sistema Penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª edição Luam editora. 1993;

IHERING, Rudolf von. A luta pelo Direito. Tradução de João Vasconcelos, Editora Martin Claret, 2009, 1º edição;

KANT, Emmanuel. Introducción a la teoría del derecho. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954;

Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias - INFOPEN - Ministério da Justiça, dezembro de 2014, disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>. > acessado em: 06/05/2017;

MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. v. 2. Ediciones Ariel: Barcelona, 1967;

MEROLLI, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001;

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. 1985;

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 6. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 319;

WACQUANT, Loïc. Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, 2004;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos tribunais, 2011;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007;

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad Nacional a La Urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 20, Out./Dez. 1997.