

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as causas e efeitos da criminalização primária seletiva do Brasil, bem como propor o desenvolvimento de um pensamento crítico acerca do tema.

Para tanto, a metodologia utilizada é a análise bibliográfica para aprofundamento teórico no assunto e análise de dados colhidos pela mais recente pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Previdenciárias (INFOPEN) e pelo Ministério da Justiça que teve como período de coleta de outubro de 2014 a maio de 2015. Além disso, analisa-se a Súmula 582 do STJ, editada em setembro de 2016, que evidencia esta seletividade de forma mais prática.

Para fins de desenvolvimento das ideias pretendidas, o trabalho é dividido em três partes: na introdução trata-se da definição de controle social abordada por Muñoz Conde (1985); em seguida serão avaliados os resquícios do direito penal do inimigo no quadro atual; por fim a será feita análise de exemplos e dados que mostram a necessidade de buscar o desenvolvimento de um pensamento crítico, sobre o que é passado de pronto, criando-se espaço para discussões e futuras mudanças.

O CONTROLE SOCIAL

O Direito se destaca na tentativa de proporcionar a vida em comunidade, pela inserção de princípios e regulamentos que exerçam o “controle social”. Este termo é muito amplo, sendo objeto de estudo de diversos segmentos, como sociologia, ciências políticas, filosofia, economia, política criminal, dentre outros. E, obviamente, cada campo de conhecimento atribui um significado, o que provoca 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 contenido sem las normas que rigen la convivencia,

confirmándolas y estabilizando las contrafácticamente, en caso de su frustración o incumplimiento, con la respectiva sanción puesta en 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 haya alternativas al control social; es inimaginable una sociedad sin control social.¹ (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 36)

O Direto, 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 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.”² (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 34).

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.”³ (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 38).

Impor uma norma penal que proíba uma infração, não é 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. “Um Derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y que daría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho penal puramente

¹ 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.

² 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.

³ 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.

represivo, que solo tendría eficacia como instrumento de terror.”⁴ (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 40).

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. “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.”⁵ (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 34)

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 necessária 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”(ZAFFARONI, 2011, p.56).

RESQUÍCIOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A famosa teoria do *Direito Penal do Inimigo* é introduzida por Günther Jakobs⁶. Para este autor, há dois tipos de cidadão, 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.

E, no lado oposto, 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” (CANCIO MELIÁ, in JAKOBS, 2007,p.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶Jurista alemão, autor de livros de Direito, filósofo e professor aposentado da Universidade de Bonn.

35) e, para tanto, não dispõe 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 garantias fundamentais, estabelecendo uma pena proporcional como coação pelo ato ilícito cometido, bem como busca a 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.

“O direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho” (ZAFFARONI, 2011, p.18). O Direito de Jakobs não analisa fatos, analisa o indivíduo inimigo, tratando-se de um Direito Penal do autor.

A busca pela defesa social, por vezes, legitima que o poder punitivo seja exercício de forma seletiva “como centro da estratégia de controle social” (MEROLLI, 2010, p.34). 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.

O Estado trabalha de muitas maneiras, uma delas, e talvez a mais velada, é a Criminalização Primária. Esta é um ato formal e fundamentalmente programático, que 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 antes estatais.

A SELETIVIDADE CONCRETA

Pesquisa recentemente realizada pelo INFOPEN (2014/2015), cujo objeto de análise é 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%, ou seja, muito acima do crescimento populacional”, que atualmente geraram um déficit no sistema. São 622.202 pessoas encarceradas para as 371.884 vagas espalhadas pelo Brasil.

Para uma visão mais concreta da realidade, temos que, 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 carcerária.

Analisando a educação, 75,08% destes indivíduos encarcerados não chegaram a cursar o ensino médio (completo ou incompleto), representando a maior porcentagem, 49,58%, entre aqueles que têm o ensino fundamental incompleto. 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%)).

O crime patrimonial representa 46% das sentenças condenatórias em que as penas de encontram em efetivo cumprimento. Sendo 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. O Estado, com a ajuda dos veículos de comunicação, ao contrário do devido, incentiva a ideia da presença constante do inimigo a ser combatido, isolado, castigado, legitimando abusos.

Como fato concreto e recente, 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, relativizando a própria tentativa, em total descompasso entre a fundamentação e o embasamento teórico de tal decisão com o cenário brasileiro de proteção aos direitos e garantias fundamentais do acusado na era pós Constituição de 1988, *in verbis*:

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.

Ou seja, a possibilidade da tentativa, prevista no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, que se dá, quando por circunstâncias alheias à vontade, o agente não atinge a consumação, foi restrita de tal forma, que dificilmente haverá sua configuração para os crimes patrimoniais. Estes, como já citado, são os que apresentam os maiores índices de sentença condenatórias e conseqüentemente, de cometimento, em sua maioria, fruto da desigualdade social.

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. (ANDRADE, 2003. p. 279)

Esta Criminalização Primária (abstrata), por fim, é complementada pela Secundária, que assegura a aplicação e eficácia de normas 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-la.”(BARATTA, 2002, p. 176/177), ou seja, nas áreas pobres, pretas e com acesso precário à educação.

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.

CONCLUSÃO

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 abordado por 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.

Não se defende 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 “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 velada nas Criminalizações Primária e Secundária.

A solução é o desenvolvimento de um senso crítico que rompa o status a quo e nos mova a pensar se o que nos é entregue atende o proposto por nossa Constituição e ordenamento, separando o sensacionalismo da justiça, entendendo que não há um inimigo a ser combatido, mas, por diversas vezes, outra vítima dos padrões sociais e econômicos.

Francesco Carnelutti, famoso jurista italiano, certa vez afirmou que “a lei é igual para todos. Também a chuva molha todos, mas quem tem guarda-chuva abriga-se.”. Tal manifestação se faz clara no atual sistema penal, 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 lasociología jurídico-penal**. 1ª. ed. Argentino, 2004;

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Editora Vozes, 20ª edição,1999;

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 31 de maio de 2017;

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

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

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 em America Latina: De La Seguridad Nacional a La Urbana**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 20, Out./Dez. 1997.