

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ - UVA
Curso de Especialização em Direito Constitucional III**

Ronaldo Holanda de Queiroz

APLICAÇÃO DA PENA NO CRIME TENTADO: TEORIA SUBJETIVA

FORTALEZA - 2009

Ronaldo Holanda de Queiroz

APLICAÇÃO DA PENA NO CRIME TENTADO: TEORIA SUBJETIVA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC).

Orientador: Prof. Dr. Edilson Baltazar Barreira Júnior

Fortaleza – 2009

Ronaldo Holanda de Queiroz

APLICAÇÃO DA PENA NO CRIME TENTADO: TEORIA SUBJETIVA

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC).

Monografia aprovada em: _____ / _____ / _____

Orientador: _____

Qualificação

1º Examinador: _____

Qualificação

2º Examinador: _____

Qualificação

Coordenador do Curso:

Qualificação

A vida nos traz alegrias, tristezas, encontros e despedidas... dedico esta obra ao inesquecível Juiz de Direito Antônio Giovani de Alencar, titular da 9ª. Vara Criminal desta Comarca, que recentemente de forma inesperada nos deixou. Acredito ter contribuído em suas decisões, sempre pautadas na justiça e na busca de um mundo melhor.

Meus sinceros agradecimentos aos meus pais, que sempre estiveram ao meu lado na torcida por um mundo melhor para todos. Ao meu filho que com paciência compreendeu o tempo dedicado a esta obra, em detrimento aos momentos de brincadeiras e de compartilhamento entre pai e filho. Por fim, agradeço aos colegas de trabalho da 9ª. Vara Criminal pela paciência de ouvir minhas lamúrias diante de tão árduo trabalho.

RESUMO

Este trabalho monográfico visa demonstrar diretrizes para valorização e eficiência da Constituição Federal. A Constituição usada como vetor de uma nova sociedade, passando a integrar efetivamente os meios acadêmicos. A lei maior vista como um meio de se buscar um país mais equilibrado, onde se deve valorizar os princípios e objetivos Constitucionais. Uso da teoria subjetiva na aplicação da pena no crime tentado, como uma forma de valorização dos direitos e garantias fundamentais, referente ao art. 6º. da Constituição Federal, notadamente aos direitos sociais, especificamente a segurança pública. Apresentam-se pensamentos voltados à manutenção e do equilíbrio social, onde não se deve temer em punir quem foge das regras impostas pela própria sociedade, estas refletidas no ordenamento jurídico vigente. A pena aplicada vista como uma forma de punição e exemplo de cunho social, para que todos se sintam estimulados a cumprir regras penais e consequentemente as constitucionais. A benevolência na aplicação das condenações criminais impostas pelo Estado serve como estímulo, aos que praticam ou pretendem praticar atos criminosos. Estabelece-se, na aplicação da teoria subjetiva, por ocasião da dosimetria da pena, uma simetria entre o crime tentado e o consumado, onde se deve levar em consideração o psiquê, o íntimo, o desejo do autor do crime em macular o nosso ordenamento jurídico. É a efetivação, de forma mais contundente, do poder do Estado em punir.

Palavras-chaves: Valorização Constitucional. Segurança Pública. Teoria Subjetiva.

ABSTRACT

This monographic study intends to demonstrate directions toward Federal Constitution's efficiency and valorization. Constitution used as the new society's vector, becoming effectively part of academics environment. The great law seen as a way of seeking a more well-balanced country, where constitutional principles and objectives should be valorized. Subjective theory used when applying attempted crime penalty, in order to valorize fundamental rights and guaranties, referent to art. 6° of Federal Constitution, most notable on social rights, in particular public security ones. Thoughts relating to maintenance and social balance, where one should not fear to punish who breaks the rules imposed by society itself, those rules reflected on the legal system in force. Applied penalty seen as a way of punishment and social nature example, to motivate all to obey criminal laws and consequently the constitutional ones. Benevolence on criminal convictions application imposed by the State serves as an incentive to those who practice or intend to practice criminal actions. It is established on subjective theory application, by penalty's measure occasion, a symmetry between attempted crime and the consumed one, where it should be take under considerations, the psyche, the , the crime author's aim to maculate the legal system. And the actual effectuation, in a more bruising way, of State's punishment power.

Key-words: Valorization Constitutional. Public Security. Subjective Theory

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO ESTADO NATURAL AO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU.....	15
2.1 O surgimento do Estado contemporâneo ocidental.....	16
2.2 O Estado Social.....	17
3 DIREITO DO ESTADO DE PUNIR (PODER DE POLÍCIA).....	19
3.1 O ato de punir.....	21
4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	23
4.1 O art. 6º. da Constituição Federal.....	23
5 ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME.....	25
5.1 Os elementos essenciais do crime.....	26
5.2 Conceitos de crime.....	26
5.3 O agente e a culpa.....	27
6 CRIME CONSUMADO E TENTADO – TEORIA SUBJETIVA.....	28
6.1 Os objetivos da imposição de uma pena.....	32
6.2 Circunstâncias atenuantes do crime (circunstância inominada).....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38
ANEXOS.....	41

1 INTRODUÇÃO

Há uma tendência nos países democráticos, advindo de uma ideia político-constitucional, objetivando substituição de linha de pensamento, onde deve prevalecer, nos tempos hodiernos, o Estado democrático constitucionalista em detrimento ao já superado Estado democrático de direito.

A Constituição há muito tempo deixou de ser uma carta de intenções políticas, a qual apenas refletia um momento passado por um país e os interesses dos governantes. Passa a ser, no dias atuais, uma proteção à liberdade, garantia do indivíduo e um sustentáculo para o equilíbrio e a paz na manutenção de uma sociedade.

Hoje, a Constituição é vista como uma exposição de programas que reflete o pensamento do povo, projeta o Estado com base na ação estatal, atuando na sociedade com ações positivas, com o intento de manter a ordem pública e o bem estar social. As Constituições hodiernas trazem o esboço das políticas públicas a serem alcançadas através de medidas administrativas dos três poderes: Judiciário, Executivo e Legislativo.

O século XX foi marcado pelo texto constitucional normatizador, uma nova visão ontológica em oposição ao texto constitucional frio e distante dos anseios do povo. Com a força de lei maior, a Constituição nasce, via de consequência, com esteio em novas normas, regras e princípios que também passaram a compor a nova ordem social dos países democráticos.

A Constituição com a evolução jurídica passou a ser o Código da vida, ao estabelecer os principais valores de organização de uma sociedade democrática, impondo deveres e reconhecendo e garantindo direitos, tudo em busca da unidade social.

Os princípios constitucionais dentro dessa nova ordem ganham a condição de poder - mor da normatividade do sistema jurídico. Temos a valorização da Constituição e seus princípios como vetores do sistema democrático constitucional contemporâneo, com fundamentos eminentemente humanistas.

Destacamos como base deste trabalho, a supremacia do interesse

público sobre o privado, já que o interesse público cabe ao Estado tutelar. Seja no Direito Administrativo ou no Direito Constitucional este é o princípio que deve servir de inspiração ao legislador e aos aplicadores da lei.

Não podemos afirmar, porém, que essa supremacia seja definitiva e inflexível, pois esse pensamento macularia nossa Constituição, esta que ficou conhecida como a Constituição cidadã, ao prever um inédito sistema de direitos e garantias do cidadão. Em eventual choque de direitos, certamente o princípio da razoabilidade deverá prevalecer. Tendo, no entanto, a certeza de que o melhor, em nível de sociedade, deve ser observado de forma prioritária.

A Constituição deve ser sinônimo de unidade. Com essa afirmativa devemos ter em mente que o interesse público e o privado se complementam, jamais um deve excluir o outro. Tudo, alicerça-se, no entanto, na prioridade. Não devemos nos esquecer, para o bem comum, que a Constituição é um documento orientador da ação do Estado e da Sociedade.

Reforçando o nosso entendimento na valorização dos princípios constitucionais, via de consequência da própria Constituição, a tentativa de se adequar às evoluções jurídicas e conseqüentemente adequar a constitucionalização do direito ao novo conceito de democracia, passa, também, necessariamente por outros princípios valorativos. Fundamentamo-nos, também, nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia no novo conceito de Constituição e conseqüentemente em todo direito.

É preciso que em cada despacho, em cada decisão interlocutória, em cada sentença, em suma, em cada manifestação do Estado ao colocar em prática o seu poder jurisdicional, a Constituição e seus princípios sejam tratados como salvaguarda da sociedade e conseqüentemente do interesse público vigente.

Após a necessidade de adequar o contemporâneo movimento constitucionalista, destacando a supremacia do interesse social, a proporcionalidade e a isonomia dos atos do poder público, não há, pois, como justificar tratamentos desiguais para quem, dolosamente, infringe nossas leis penais. Não podemos ser benevolentes, com a diminuição da pena criminal, nos termos impostos pelo art. 14, parágrafo único do Código Penal Brasileiro, com quem possui o livre desejo de cometer um crime ou crimes e que por motivos alheios a sua vontade esse ou esses

crimes não vieram a se consumar.

Como justificar a redução de um a dois terços da pena, de forma obrigatória (art. 14, parágrafo único do C.P.B) para quem possui o real desejo de cometer crimes? Como justificar se estes mesmos beneficiados planejaram e iniciaram a fase executória do tipo penal?

Pelo aspecto subjetivo tanto no crime consumado como no tentado, existe igual manifestação do desejo do autor em macular a ordem jurídica. Deve ser, portanto, julgado o ato de vontade do agente, sua vontade criminosa, já que, como foi dito, o seu intento criminoso não foi alcançado por motivos alheios à sua vontade.

Tornou-se necessário no presente trabalho um breve levantamento histórico e de fundamentação, como forma de demonstrar a supremacia do interesse público sobre o individual. O *contrato social* descrito por Rousseau, como um modelo de legitimação da entrega do poder a um representante do povo. O surgimento do Estado Contemporâneo Ocidental e com ele a valorização do Estado Constitucional, ao qual o indivíduo deve obedecer regras em busca do bem comum. Regras que limitam até mesmo o Estado, numa demonstração inequívoca da Lei Maior, a Constituição, como base fundamental de todo o ordenamento jurídico de uma nação.

A valorização do Estado Social, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como novo modelo de um Estado que passou a valorizar o social, com o fito de, a partir de então, valorizar o homem e suas garantias básicas. O Estado deixando de ser algo distante e frio, tendo, hoje, uma visão mais humanista, mais presente e garantidor da vida dos cidadãos.

Falaremos do *pacto social* descrito por Rousseau como fundamento ao poder de punição ofertado ao Estado. Poder, este, necessário à manutenção da ordem pública e à busca do bem social. A punição como modelo e forma de punir os que não respeitam as leis e, via de consequência, a própria Constituição.

Descreveremos, também, um pouco da nossa atual Constituição Federal: suas características fundamentais, notadamente os *direitos e deveres individuais e coletivos* enfatizando os *direitos sociais*. Em destaque o direito de todos à segurança como ponto central do presente trabalho monográfico, em especial o direito do Estado em punir.

Faremos, ainda, referências, como forma de esclarecimento, à estrutura jurídica do crime em seus aspectos evolutivo e social, como também aos elementos essenciais do crime. A conceituação de crime e suas variantes na tentativa de defender a implantação da Teoria Subjetiva na aplicação da pena no crime tentado, como forma de se aplicar a lei. Um modelo mais homogêneo e legítimo, diferenciando o cidadão dos que querem macular a ordem social.

Destacam-se, também, no presente trabalho os objetivos da imposição de uma pena aplicada pelo Estado, sob o aspecto social e o punitivo.

Esta monografia tem como base teórica nossa legislação e doutrina. Não se pode deixar de reconhecer que o tema abordado no presente trabalho é inovador, ou melhor afirmando restaurador, já que as Escolas aqui defendidas vigoraram durante muitos séculos na Europa. Por serem Escolas antigas e não utilizadas no sistema jurídico vigente no Brasil, é extremamente escasso o material de pesquisa para alicerçar nossa tese. A teoria subjetiva que iguala o crime tentado ao consumado é retratada em legislações mais antigas, pois era, como já dito, essa a tese predominante nos tempos passados.

O Direito Romano como base do sistema jurídico moderno, era guiado pela teoria subjetiva do crime, com algumas modificações moldadas pelo tempo. Este, por sua vez, influenciou na formação dos Códigos franceses de 1791, 1810 e 1832, que por sua vez influenciaram o Código imperial brasileiro de 1830.

Hodiernamente, a maioria dos doutrinadores se contenta apenas em reproduzir o art. 14 do C.P.B e seus parágrafos, não se aprofundando nos motivos da imposição da redução da pena nos crimes não consumados.

A doutrina que trata do tema foi consultada em esparsas considerações expostas em livros didáticos e alguns artigos capturados na internet.

Para os operadores do direito se torna no mínimo curioso o fato de tão pequena abordagem sobre um tema, que diz respeito ao direito de punir, atribuído ao Estado, e suas consequências para o nosso dia-a-dia.

A crescente violência que reina em nosso país (ver gráfico em anexo) é fonte de pesquisa na busca de soluções rápidas e eficientes. Certamente, todos os estudos que possuem em sua essência a tentativa de minorar a violência sob a qual vivemos é válida e auto-sustentável, já que a atual legislação se mostra inoperante.

A metodologia empregada nesta monografia pautou-se em estudos sob a visão jurídica dos principais doutrinadores deste país, notadamente os formadores de opinião sobre o tema em discussão. Não esquecendo, porém, de lembrar da escassez em nossa literatura jurídica na abordagem do tema sob análise.

Motivado pelo fato da história do direito ser palco de constantes mutações, esta, por sua vez, guiada pelas transformações em nossa sociedade cada vez mais dinâmica e volátil, tornou-se necessária, também, a utilização de um levantamento histórico do denominado *pacto social*, a evolução e surgimento do Estado Contemporâneo e, via de consequência, um estudo sobre a Constituição brasileira e seu uso como fundamento de toda teoria ora apresentada. Em análise, também, países que por tradição servem de espelho para outras nações como é o caso do Brasil.

A análise comparativa do processo penal e da Constituição de nações como a França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos certamente traria uma idéia da evolução do pensamento doutrinário e jurídico sobre o tema em estudo e possivelmente uma perspectiva de futuro. Infelizmente, a escassa produção de trabalhos sobre o tema aqui explorado impede referências importantes.

O atual conflito entre as Escolas “Moralista” e “Política” com a atualmente vigente, traz a necessidade de uma análise sociológica, política e cultural na inclusão do interesse público como objeto tutelado pelo Estado em todas as tipificações presentes no Código Penal Brasileiro.

Os procedimentos operacionais utilizados na obtenção de informações pertinentes ao tema serão baseados em estudo comparativo com Constituições e Códigos Penais de outros países, pesquisa eletrônica através da internet, pesquisas bibliográficas, entrevista com estudiosos e doutrinadores do nosso Estado etc.

O material de pesquisa será fruto de intensas discussões acadêmicas, que certamente passará por uma análise mais profunda sobre o tema, pois como já amplamente relatado, estamos diante de um trabalho monográfico que trata de um tema inovador e não, atualmente, reconhecido em nosso sistema jurídico.

Além do planejado estudo comparativo, o crescimento vertiginoso da violência no Brasil, torna, no mínimo, duvidosa a eficiência da atual legislação penal. Tem-se, portanto, uma grande motivação para críticas e a certeza de que

modificações na forma de pensar o direito são cabíveis. É premente a necessidade de um estudo evolutivo-histórico, embasado no poder do Estado em punir, tendo como base o poder dado pelo próprio povo. No mais, o Direito Romano, o berço de nosso direito, foi usuário da teoria subjetiva onde não havia distinção, com certas peculiaridades, entre o crime consumado e o tentado por ocasião da pena.

2 DO ESTADO NATURAL AO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU

O homem lobo do homem. Com esta afirmativa Hobbes defende a tese que em estado de natureza os indivíduos vivem isolados e em luta permanente, prevalecendo a guerra de todos contra todos. Encontrando-se o homem em estado de natureza vigora a lei do mais forte.

Para Jean-Jacques Rousseau o homem é naturalmente bom, sendo a socialização a responsável pela *degeneração* do mesmo. Esta socialização se dá por meio de um *contrato social*. Contrato onde o indivíduo deixa de lado sua liberdade natural e a posse natural dos bens, para transferir o poder a um terceiro, no caso um soberano. A partir de então, o soberano adquire o poder de criar e aplicar as leis, às quais o indivíduo passa a se submeter.

A legitimidade do *contrato social*, segundo Rousseau, deve ser antecedida de um contrato de associação. Primeiro o povo deve se associar, criar um vínculo entre todos, oportunidade em que os asseios e necessidades, direitos e obrigações formam um tipo de pacto social¹. Somente após a unificação do povo, o poder é repassado a um rei, ao qual o povo se torna submisso. Afirma Rousseau: *ceder à força constitui ato de necessidade, não de vontade; quando muito, ato de prudência...*

A primeira forma de sociedade é a família. O desenvolvimento e o aumento dos anseios do homem levaram, segundo Rousseau, à necessidade dos indivíduos de entabularem um acordo de se criar uma *Sociedade*, como uma forma natural de desenvolvimento dessa nova característica de convivência entre os indivíduos. A *Sociedade* foi o alicerce para o surgimento do Estado.

A sociedade humana passa a ideia de um ato voluntário de indivíduos dotados de consciência, independência e ciência do desejo comum de obter vantagens e interesses recíprocos. Conscientes do poder até então desconhecido, o homem transfere a outrem o poder, no caso a um soberano. Esclareça-se, que não se trata de um soberano totalitário, mas sim o representante da soberania do povo. Para Rousseau o verdadeiro soberano é o povo, que com este ato transforma o direito natural em direito civil. Este pacto de transferência de poder só é válido se o

¹ O *Contrato social*, porém deve ser visto como um pacto de *associação*, não uma *submissão*.

povo for livre. Desta forma o verdadeiro sentimento e desejos do povo são transferidos ao soberano de forma legítima, o que legitima também os atos do representante do poder que, em última instância, pertence ao povo.

A coletividade formada pelos indivíduos, caracterizada por interesses e anseios comuns, transforma-se, com a evolução dos tempos, em uma sociedade civil. A sociedade passa a conviver sob a égide do direito civil. Objetivando reprimir a violência e, via de consequência, proteger a propriedade privada², o uso da força, a vida, a liberdade entre outros benefícios. As pessoas passam a viver sob as ordens impostas pelas leis promulgadas e efetivadas pelo soberano.

A partir do *contrato social* surge o Estado, com ele emerge uma classe social denominada burguesia, que com sua influência define o Estado como um garantidor da propriedade privada. Sob a égide do pensamento liberal, notadamente após a independência dos Estados Unidos, a revolução francesa, consolidando-se com a revolução denominada Gloriosa ocorrida na Inglaterra, passou-se a defender a tese pela qual o Estado tem uma tríplice função: primeiro por meio de leis e do poder de polícia do Estado institui-se o dever da manutenção da ordem, a garantia da manutenção e proteção da propriedade privada, da liberdade econômica e da intervenção mínima; segundo a função de arbítrio, objetivando a manutenção da ordem pública e em terceiro o direito de legislar permitindo ou proibindo objetos da esfera pública.

2.1 O surgimento do Estado contemporâneo ocidental

A palavra Estado, dando o sentido de organização política, foi utilizada pela primeira vez por Maquiavel no início da Idade Moderna. “Estado é uma sociedade organizada com território e poder supremo, destinada a realizar o bem comum. Nesta definição, estão expressos os três elementos essenciais do Estado: povo, território e poder – e ainda, a sua finalidade, o bem comum, realçado por muitos como o seu quarto elemento.” (DALLARI, 1979 *apud* PINTO, 2002, p. 24).

No início da formação do Estado como organização política, este se

² Para o filósofo inglês Locke o direito à propriedade privada é um direito natural, o que ia ao encontro da ascendente classe burguesa.

confundia com as cidades na denominação Cidade-Estado. Destacava-se o Estado Grego e o Romano. Por sua vez, o Estado Medieval “feudal e poliárquico” (PINTO, 2002, p. 27).

As funções do Estado foram ficando mais complexas com o desenvolver dos interesses e necessidades da população. A estrutura dos três poderes, o poder Legislativo bicameral, a descentralização do Poder Executivo com a formação de ministérios e a repartição das funções na análise das ações por parte do poder Judiciário serve como referência, para se obter o grau de evolução de uma nação.

O Estado moderno é institucionalizado pela forma de investidura dos governantes no poder. Este poder é soberano e sua soberania é regulada por normas que variam de acordo com os desejos do povo que compõe o Estado. Uma das formas de demonstração do poder dado pelo próprio povo ao Estado é a coercibilidade. O Estado impõe normas e estas devem ser cumpridas sob pena de punição.

A unidade nacional passa a ser a marca fundamental do Estado moderno. O território unificado e o poder nas mãos de um rei completam as características fundamentais do ente político, até então mais poderoso da história evolutiva do homem. O rei francês, como exemplo, governava de forma suprema em seu território. Seus poderes eram ilimitados.

A evolução dos tempos trouxe na passagem do século XIX para o século XX o denominado Estado Contemporâneo. Caracterizou-se pelo declínio do Estado liberal e o surgimento do Estado Social. Em detrimento ao Estado mínimo surge uma nova forma de Estado, que passou a se interessar e agir em benefício da coletividade. Interesses e desejos individuais e coletivos passaram a ser a máxima do Estado do século XX, até os tempos atuais.

2.2 O Estado Social

O Direito é antecessor do Estado. Paralelo ao surgimento das primeiras tribos, clãs ou até mesmo pequenos núcleos familiares o Direito, dentro das peculiaridades de cada povo e de forma rústica, já se fazia presente. Seguindo o desenvolvimento humano e conseqüentemente o surgimento das cidades, surgem,

então, as primeiras formas de Estado. A partir deste período revolucionário, o Estado e o direito passaram, com menos ou maior intensidade, a percorrer os mesmos trilhos.

Em um estágio mais desenvolvido da figura do Estado, surgem os direitos sociais. De início, uma pequena e acanhada legislação, para, então, ascender, nos tempos hodiernos, à categoria de direitos fundamentais com efeito *erga omnes*. Direito este imposto pela evolução dos tempos e de uma nova consciência de sociedade, que evoluiu na mesma proporção dos centros urbanos e conseqüentemente do entrelaçamento das relações humanas.

A evolução dos direitos sociais e sua estreita relação com o Estado de Direito se modificam com a região e o tempo. As prioridades de cada governo em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, estes mutáveis e cíclicos, modificam-se com as necessidades e pensamentos de cada povo e suas variantes. O tipo de sociedade prevalecente está umbilicalmente relacionado à forma de Estado: liberal, social ou democrático.

No Estado liberal, com a predominância do pensamento que leva ao chamado *Estado mínimo*, os direitos sociais simplesmente não existiam. Estes direitos surgiram de forma crescente concomitantemente com o surgimento do *Estado social*.

O proclamado *Estado social* evoluiu paralelamente à consciência das pessoas, notadamente quando o princípio da igualdade entre os homens tomou nova direção. Surge a necessidade premente de tratar os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades e os iguais de forma igualitária. Vários documentos surgiram objetivando a concretização do pensamento socialista, como uma forma de alcançar um Estado mais solidário e em simetria com os anseios do povo, notadamente os mais desvalidos. A declaração dos Direitos de Virgínia, na América do Norte, em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, lograram expandir-se em documentos de abrangência internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948³. Todos estes documentos deram uma idéia do avanço do *Estado social* na busca de um mundo mais solidário.

³ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, p.759.

3 DIREITO DO ESTADO DE PUNIR (PODER DE POLÍCIA)

O poder atribuído ao Estado de punir aqueles que não seguem as regras preestabelecidas convive, sempre, entre dois limites opostos e tênues. De um lado a autoridade outorgada à Administração Pública, do outro, a liberdade do indivíduo. “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado.” (ZANOBINI, 1968, v. 4:191 *apud* DI PIETRO, 2007, p.101).

Este contínuo confronto entre os dois direitos acima referidos regem o poder Jurídico-administrativo a que se submete a Administração Pública. Regras e princípios foram incorporados ao Direito Administrativo, auxiliando na árdua tarefa de impor limites ao cidadão. Destaca-se entre os princípios basilares do poder de polícia atribuído ao Estado, o da predominância do interesse público sobre o particular. Desta forma, há uma supremacia de interesses, onde os direitos individuais sucumbem diante do direito atribuído a Administração Pública. Direito que em última instância representa o próprio poder do Estado. Este princípio basilar é de fundamental importância na apresentação do presente trabalho. Diante de choques advindos de interesses antagônicos prevalecerá o interesse do Estado, com o fito de se respeitar, em última instância, a unidade e a paz social reclamada por nossa Constituição Federal.

O poder de polícia exercido pelo Estado incide sobre duas áreas de atuação: a administrativa que se caracteriza por ser preventiva, objetivando impedir as ações antissociais e a judiciária que por sua vez se caracteriza por ser repressiva, que possui o poder-dever de punir os infratores da lei.

Destacaremos e nos ateremos, seguindo os objetivos traçados neste trabalho, ao poder repressivo da polícia judiciária. O poder do Estado em punir os que de forma voluntária desrespeitam a norma jurídica. Esclarecemos que é difícil distinguir o caráter repressivo e punitivo de uma ação estatal. Muitas vezes estes caminhos se encontram, já que a punição imposta a um infrator tem o objetivo de puni-lo, mas também tem, ou deveria ter, o fito de demonstrar a sociedade que o crime não é o melhor caminho a seguir. Desta forma, também temos o caráter preventivo nas ações do poder da polícia judiciária.

O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia Judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar [sic] atividades antisociais [sic] enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica. (MELLO, 2008, p. 822 *apud* <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12771>. Acesso em 02 de junho de 2009).

O poder repressivo e o poder punitivo fazem parte de um poder maior, o poder do Estado oferecido pelo próprio povo através de um acordo racional de representação, na tentativa de se manter a segurança dos bens já conquistados e em última instância, a manutenção da paz social. Esta paz social só é possível se existir um poder maior homologado por cada indivíduo. Este poder maior é, e deverá permanecer nas mãos do Estado, como uma forma de outorga na tentativa de frear os interesses individuais maléficis.

A polícia judiciária possui o atributo de punir infratores da lei penal. É prerrogativa de corporações especializadas com o fim específico de agir quando a polícia preventiva não consegue atingir o seu intento. Seria uma forma subsidiária de ação do Estado. Dentro, é claro, das limitações e da linha tênue que separam, como acima já descrito, a polícia preventiva e a polícia judiciária.

Pode-se afirmar que a manutenção dos interesses de *um corpo social* é a motivação maior da existência de um Estado. É através de atos de exposição de força, dentro dos limites impostos pelo próprio Estado, por intermédio de ações caracterizadas pelo poder-dever de ação, que este ente público cumpre o seu desiderato. Os atos de administração do Estado, qualquer que seja o seu fim, têm no interesse público sua maior motivação, que em última análise, não deixa de ser os próprios interesses dos indivíduos. Estes que são integrantes da sociedade protegida pelo Estado.

Os direitos fundamentais do homem, com o passar da história, principalmente com o surgimento do Estado Social, ganhou corpo e passou a ser uma realidade em um grande número de nações espalhadas por todos os continentes, em especial os países localizados na parte ocidental. Ressalte-se que estes direitos devem ser compatibilizados com o interesse público, já que os direitos fundamentais não são absolutos. O poder do Estado, com aparato legal através de atos administrativos, possui este condão de superioridade e possui, também, via de consequência, o difícil caminho a ser perseguido entre este poder estatal e os

direitos do indivíduo.

Conforme acima já apregoado, a ação de demonstração de poder por parte do Estado através de atos de administração, em especial, referente ao tema ora abordado, dentro da realidade imposta por um Estado Democrático de Direito, é uma exposição de poder outorgado pelo próprio povo. Através de votação direta e livre, os cidadãos elegem seus representantes no poder, que, em tese, deverá demonstrar e defender os interesses dos integrantes da sociedade na busca do interesse maior e da legalidade a qual o próprio Estado se submete. Sempre no interesse do bem estar de todos e de suprir os anseios da coletividade.

Em última análise, destacamos o poder de polícia preventivo (judiciário), como um atributo pertencente ao Estado, que tem o poder-dever de punir aqueles que de forma voluntária agiram sem temor à lei produzida pelo ente político outorgado. Dentro deste mesmo poder recebido, reflete o declamado *contrato social* de Rousseau. O Estado deve agir com pulso forte, sem temer em punir quem desrespeita o equilíbrio e a paz social. Desrespeitando, assim, o próprio Estado.

3.1 O ato de punir

Regras específicas e assecuratórias de direitos devem existir durante o ato de punir. A pena deve ser proporcional ao crime cometido para que a noção de justiça, em última análise, prevaleça. Referidas regras preestabelecidas servem de escudo contra a exacerbação do Estado ou do povo, que muitas vezes motivados por atos momentâneos de cólera perdem a noção de justiça. Defende-se no presente trabalho, portanto, a pena justa, um exemplo a ser seguido por todos

Na Europa, modelo para o mundo ocidental, desde o início do século XIX as penas de execução pública foram aos poucos caindo em desuso. Dilaceração de corpos, enforcamentos, cabeças decepadas ou corpos queimados em fogueira em praça pública deixaram de ser praticados. Na França, à título de exemplo, o suplício de exposição do condenado foi mantido até 1831⁴.

Considerada uma pena mais “humanista” a detenção passou a ser referência entre os tipos de punição. Longe de ser a forma ideal de reprimenda,

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e PUNIR**, 35ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 12.

passou a ser considerada, nos primeiros anos do século XIX, no entanto, um modelo entre as civilizações até então consideradas modernas. “Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão” (FOUCAULT, 2008, p. 196).

A pena de detenção é considerada uma pena igualitária, já que todas as pessoas de uma sociedade têm o mesmo sentimento do bem precioso que é a liberdade. Certamente, o cárcere é uma boa oportunidade que o Estado, em tese, tem de reabilitar um criminoso.

O ato de detenção, portanto, não se resume em colocar um criminoso em uma cela de pequenas dimensões. A prisão que, de imediato, passa uma ideia de algo inerte, é, na verdade, ou deveria ser, um laboratório na tentativa de regeneração de infratores. Objetiva-se obter uma função técnica de correção para os encarcerados, tornando o crime um modelo a não ser seguido pelos componentes de uma sociedade. Tema que ainda será explorado nesta obra.

Quanto à solidão de uma prisão, segundo descreve Foucault ao expor o pensamento dominante entre os defensores do sistema de detenção, é algo positivo, pois deverá servir como um momento de reflexão, e pelo remorso que não pode deixar de chegar, realizará uma espécie de auto-regulação da pena.

Seguindo, ainda, a orientação do pensador francês ao descrever a ideologia de Baltard⁵, destacamos que a solidão traz a reflexão e quanto mais o condenado é capaz de refletir, mais ele demonstra a sua culpabilidade no cometimento do seu crime. Maior, também, é seu remorso, pois a solidão é dolorosa. Quando o detento estiver profundamente arrependido, a solidão não será mais pesada. O isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele.

Em todos os momentos de uma detenção, ao aprisionado deve ser lembrado que está sob o poder do Estado. Este ente, por sua vez, dispõe de todo o tempo dos encarcerados. É, portanto, uma boa oportunidade de transformar o criminoso em um cidadão do bem. Educação, ensino profissionalizante, orientação psicológica entre outros instrumentos, certamente, seria de grande valia para uma transformação para melhor.

⁵ L. Baltard, **Architectonographie des prisons**, 1829.

4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Conforme afirma Coelho (2009, p. 14), a supremacia da Constituição é o ponto de apoio de todo ordenamento jurídico, na medida que é a partir dela que se desencadeia o processo de produção normativa. Presente na base da pirâmide normativa é a norma fundamental, agindo como um satélite gravitando sobre todo o ordenamento jurídico, reflexo do povo que a promulgou. É a fonte inspiradora de todo ato jurídico, impondo-se com supremacia *formal e material* sob a qual todo ordenamento jurídico deve se submeter.

A convocação dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em Assembléia Nacional Constituinte, fato este ocorrido no dia 01 de fevereiro de 1987, foi o início da formação do novo texto Constitucional do Brasil, que findou com a sua promulgação no dia 05 de outubro de 1988.

Texto reconhecidamente moderno com repercussão mundial, a nova constituição brasileira foi batizada pelo Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, como a *Constituição Coragem e de Constituição Cidadã*.

A mais democrática das Constituições Brasileiras, a Constituição de 1988, possuidora de 250 artigos e 62 emendas, das quais 6 emendas de revisão, caracteriza-se por ser uma Constituição: escrita, democrática, rígida, ideológica, humanista, multidisciplinar, analítica, formal, federativa, republicana, presidencialista e igualitária.

4.1 O art. 6º da Constituição Federal

Após um longo caminho percorrido desde o surgimento do Estado contemporâneo, passando pelo *contrato social* prolatado por Rousseau, a descrição do constitucionalismo brasileiro em especial a moderna Constituição de 1988, destacamos, por fim, o art. 6º. da Constituição Federal.

O art. 6º. da Constituição brasileira de 1988 está contido no Capítulo II do Título II dos *Direitos e Garantias Fundamentais*. Intitulados como *direitos sociais*,

tornando-se um poder atribuído ao povo e um dever do Estado em respeitar e cumprir suas determinações.

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso).

Os *direitos sociais* são oponíveis ao Estado, levando consigo toda a carga de obrigações imposta a este ente político, explicitando que todos os princípios constitucionais estão presentes. Ações afirmativas direcionadas na manutenção da ordem social são vetores para os governantes que têm como base o socialismo. Resta, porém informar que os *direitos sociais* descritos no art. 6º. da Constituição Federal não são satisfatórios, já que os anseios e necessidades de uma nação são variantes no tempo e no espaço.

Destacamos, entre os direitos sociais explícitos e implícitos na nossa Constituição, o direito a segurança. O art. 6º da nossa Constituição destaca as mais importantes garantias sociais, que certamente, com já foi dito, não são exaustivas. Outras garantias estão embutidas em todo corpo Constitucional, já que estes não podem ser limitados em decorrências de outros direitos. Ultimamente, no topo das preocupações da população brasileira, motivado pela crescente onda de criminalidade que assombra nossa sociedade, percebe-se que a legislação penal caminha em desencontro com os anseios da nossa população e, notadamente, da própria Constituição brasileira, já que o Estado não cumpre o seu desiderato exposto no artigo acima destacado.

5 ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME

O crime é um fato do homem, que vive sob a égide do direito. O crime como caracterizador de um ato inaceitável por uma determinada sociedade é por essência de conteúdo variante. Com definições distintas, muda de acordo com a região e a época em análise. Um índio que comete um homicídio tendo como vítima outro índio da mesma tribo, dependendo das circunstâncias, é evidente, provavelmente será punido por este ato. Caso seja o homicídio cometido contra um índio de outra tribo poderá ser considerado um herói, um exemplo a ser seguido. Por sua vez, a evolução dos tempos traz mudanças nas tipificações, provavelmente em todos os cantos do mundo. Referente ao Brasil, a título de exemplificação, o até então crime de adultério deixou de ser recentemente tipificado como tal.

A essência do crime é a antijuridicidade. Define-se como a contrariedade, a negação do direito.

Em regra, o direito penal é um direito de fatos ilícitos; só por exceção, ocupa-se de fatos lícitos. Primeiro, a injuridicidade; depois, a justificação. Também historicamente: depois de fixada a *zona* do ilícito é que se fixa a zona do lícito: ambas *zonas* fechadas, *hortus clausus* do direito penal. (LUNA, 1970, p.53).

O estudo do crime se confunde com o estudo do direito. O estudo do crime tem suas estruturas delimitadas pela política, social e econômica, com variantes delimitadas no tempo e no espaço. O crime é um juízo negativo de valor, ao qual o homem que vive e se submete às diretrizes impostas pela sociedade deve repudiá-lo. Em resumo, não há crime se não há direito.

A ilicitude é um fato social. É o fato social que delimita o crime. Define-se, também, elementos excludentes como o estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento do dever legal, entre outros institutos.

A estrutura do crime, não poderia ser diferente, é bastante complexa. A ambiguidade, a vulnerabilidade imposta pelo tempo e o local da ação do direito, dá a certeza da extrema dificuldade em teorizar sua estrutura jurídica. Esta conclusão é inerente a qualquer sistema normativo jurídico que se tenha como referência.

5.1 Os elementos essenciais do crime

Os elementos essenciais do crime: elemento objetivo e elemento subjetivo. Conforme explicita Luna (1970, p. 65), o elemento objetivo é o corpo, a matéria do fato punível; o elemento subjetivo é a alma, a forma do crime.

5.2 Conceitos de crime

O conceito de crime é essencialmente jurídico⁶. Os doutrinadores abarcaram a tarefa de conceituá-lo. Certamente, por tudo que já foi dito, é uma tarefa árdua e com certeza jamais se chegará a uma unanimidade. Temos, porém, como teoria predominante, a conceituação de crime sob três aspectos: definição formal, material e, finalmente, a conceituação formal analítica.

Em uma rápida explanação de cada conceituação de crime, já que essa não é a maior preocupação deste trabalho, podemos destacar com base na nossa doutrina, que sob o aspecto formal, crime é o fato humano contrário à lei (CARMIGNANI, *apud* MIRABETE, 1997, p. 91). Destaca-se neste tipo de conceituação, a limitada preocupação em definir o crime como um fato contrário à norma penal, ou seja, um aspecto externo do crime.

Sob o prisma do conceito material, os doutrinadores tiveram em vista o bem jurídico protegido pela lei. Destaca-se, aqui, o interesse maior do Estado em proteger um bem jurídico e assim tentar manter, via de consequência, a harmonia, a ordem, o equilíbrio social, o bem coletivo etc. Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal (NORONHA, *apud* MIRABETE, 1997, p. 92).

Finalmente, sob o aspecto formal analítico, destaca-se o fato do crime ser, agora, considerado, não mais como um fato unitário e sim formado por vários elementos distintos. Desta forma, para os defensores da teoria causalista da ação, o crime passou a ser definido como uma *ação típica, antijurídica e culpável*. Por sua

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal vol. 1**, p. 91.

vez, para os defensores da teoria finalista da ação: *o crime é um fato típico e antijurídico*.

5.3 O agente e a culpa

A culpabilidade do agente está na vontade. A vontade, por sua vez, fundamenta a responsabilidade.

O postulado da livre vontade humana vai-se tornando, hoje, cada vez mais reconhecido pela ciência da natureza, e é na liberdade da vontade que a psicologia animal descobre, com frequência, a decisiva distinção entre o homem e o bruto. (WEBER, pag. 108, *apud* CUNHA, 1970, p. 112).

A vontade do agente se reflete no desiderato de cometer crime ou crimes. A ação consciente e deliberada de atingir o bem jurídico tutelado pelo Estado, está exposta no intuito criminoso alcançado ou em sua tentativa. O dolo possui muitas variantes e facetas. É necessário destacar, apenas, objetivando não fugir do intuito final deste trabalho, que o agente, o infrator da lei, não é um ser inconsciente e sim alguém que, certamente, sabe distinguir o certo do errado⁷. Ao cometer um crime, assume todos os riscos de enfrentar a justiça e o sistema carcerário, com todos os seus percalços e limitações, fato que é de conhecimento público.

⁷ Salvo exceções legais. A título de exemplo temos os inimputáveis, conforme previsto no art. 26 do C.P.B.

6 CRIME CONSUMADO E TENTADO – TEORIA SUBJETIVA

Há uma necessidade premente de se colocar a sociedade como objeto tutelado em todas as tipificações penais de nosso Código Penal Brasileiro.

Nos crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio ou qualquer outro objeto jurídico tutelado pelo Estado é necessário incluir a sociedade como ente a ser protegido, todas as vezes que o Código Penal for maculado. Temos o objetivo de incluir a sociedade como um todo, tendo como finalidade o interesse jurídico e constitucional de se manter o equilíbrio social.

Nos crimes contra o patrimônio o Estado tem interesse jurídico de tutelar, evidentemente, o patrimônio. Deve-se, portanto, incluir o interesse público como bem a ser tutelado. Nos crimes contra a pessoa, além do objeto já tutelado pelo Estado, no caso a vida ou a integridade física, deve-se tutelar, como sempre, o interesse público ou como se queira falar: a sociedade.

Seguindo o pensamento acima exposto, não se justifica beneficiar de forma obrigatória⁸ quem possui o livre desejo de cometer crime ou crimes, com a diminuição da pena no caso de crime tentado, já que o seu desejo de ferir a lei e, conseqüentemente, o interesse público, pode ser devidamente comprovado. Não há, à primeira vista, diferença nos procedimentos, na psiquê ou no desejo maléfico de quem inicia um ato punido pelo nosso Código Penal. Não há diferença no desejo de quem atinge o seu intento criminoso, daqueles que não conseguiram por motivos alheios à sua vontade. A sociedade já foi maculada em seus interesses ao se iniciar a ação criminosa.

Objetivamos, portanto, resgatar as Escolas “Moralista” e “Política”, que tiveram como seu maior defensor Filangieri. Através dessas Escolas, que prevaleceram em muitos países durante o início do século XIX, defende-se o julgamento do livre arbítrio de se macular a lei.

Para esta corrente, portanto, a pena deve atingir o delinquente porque este, através do seu ato de execução, manifestou a vontade de ofender a ordem jurídica, e no delito deve-se ver precipuamente o ato de vontade, pois que a

⁸ Art. 14, parágrafo único do C.P.B: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

parte objetiva constitui apenas o sinal revelador daquele. Assim o agente que consumasse o delito e aquele que não lograsse consumá-lo, por circunstâncias independentes de vontade, deveriam ser igualmente apenados⁹.

A sociedade, como fim, fica mais protegida com esta nova forma de pensar o direito, esta localizada entre o desejo de defender o interesse público e os que querem macular a lei e os princípios constitucionais.

O crime tentado tem tudo em comum com o crime consumado, menos a consumação¹⁰. Pela teoria subjetiva do crime, nem mesmo esta diferença existe. Hoje, infelizmente, predomina no nosso sistema penal a teoria objetiva da tentativa. Com isso considerando a realização incompleta do tipo, justificada está a diminuição da pena aplicada no crime tentado.

Temos, no entanto, como objetivo a implementação da linha jurídica de se considerar o interesse público como objeto tutelado pelo Estado em todas as tipificações penais. Partindo dessa premissa, ao iniciar a execução de um delito, o sujeito ativo passa, de imediato, a ferir o objeto tutelado pelo Estado, no caso o interesse público. Temos então o crime perfeito e acabado, mesmo que o outro objeto tutelado, o patrimônio ou a integridade física não tenham sido maculados.

A nossa legislação defende a tese do crime do tipo objetivo, onde há distinção entre crime consumado e tentado referente à aplicação da pena.

Está consumado o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato descrito na lei penal. Preenchidos todos os elementos do tipo objeto pelo fato natural, ocorreu a consumação. Segundo o artigo 14, inciso I, diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.¹¹

O aumento da criminalidade é um fato concreto e de conhecimento público, o que já propicia críticas e apresentação de teses objetivando a modificação da legislação penal em vigor. A violência, notadamente a urbana, coloca o tema *segurança pública* como centro das discussões e de preocupação da sociedade. Sob o prisma *político-jurídico* a violência põe em cheque a nossa Constituição

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELLI, José Henrique. *Da Tentativa (Doutrina e Jurisprudência)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1988. p. 123.

¹⁰ COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 48.

¹¹ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual do Direito Penal, vol. 1*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Federal, na medida em que a paz social se encontra efetivamente ameaçada.

A Constituição brasileira de 1988 criou condições satisfatórias de propiciar ampla participação popular nas decisões do Estado. Seja de forma direta ou indireta, hoje, é quase uma obrigação de todos a mobilidade popular com o fito de modificar o atual cenário social.

O surgimento dos direitos de terceira geração dotados de cunho humanista e universal teve como destinatário o próprio gênero humano. Karel Vasak, entre outros, já enumera cinco direitos de terceira geração ou direitos à fraternidade: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.¹²

Destaca-se, motivado pelos objetivos desse trabalho, o direito à paz. Conforme acima referido, por imposição da legislação criminal, o Juiz se encontra na obrigação de reduzir de um a dois terços uma pena, que já é notadamente pequena, em crimes que não se consumaram por motivos alheios à vontade do agente ativo. Em especial, destaca-se a tentativa denominada perfeita.

Na tentativa perfeita (ou crime falho) o agente consegue praticar todos os atos necessários à consumação, embora essa acabe não ocorrendo. Na tentativa imperfeita a ação do agente é interrompida a meio caminho. Para o Código Penal não há diferença de tratamento entre essas duas modalidades.¹³

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) expõe em seu art. 7º o tema segurança pública. Nele é dito: “Direito a liberdade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e **a segurança pessoal** [...]”. (Grifo nosso).

Por sua vez, a Constituição Federal, referente à Segurança Pública, dispõe no *caput* do art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

No mais, o art. 6º. da nossa Constituição, já anteriormente transcrito, compõe o Título Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Tem-se, portanto,

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³ FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal (parte Geral)**. São Paulo: Malheiros, 1999.

que os Direitos Sociais estão contidos dentro dos Direitos Fundamentais da Nossa Constituição de 1988.

O Estado tem o dever de propiciar segurança aos cidadãos, contendo a violência e garantindo a paz pública. Por essa razão, a segurança pública, na atualidade, converteu-se em argumento político e constitucional para a legitimação da força estatal (THEODOMIRO, 2005, p.74).

A segurança pessoal faz parte dos direitos fundamentais, via de consequência, a segurança pública é uma das molas-mestra na tentativa do Estado de manter a paz social. A legislação penal brasileira, como forma de adequação à nova ordem constitucional, deve se aprimorar e, de forma enérgica, punir aqueles que de forma consciente maculam a ordem social. O Estado tem o poder da coerção e esta deve ser eficiente e rigorosa.

O Estado não deve temer em punir. Não se fala mais em pequenos infratores. Hoje, o crime é organizado, poderoso e dominador. O criminoso, nos tempos atuais, é um “profissional” do crime. O Estado tem que responder a essa nova ordem criminosa com eficiência, inteligência e um ordenamento jurídico compatível com a nova realidade que está diante de todos.

Não defendemos neste trabalho um Estado totalitário, apresentamos apenas um Estado eficiente e sem medo de punir. Para isso, é necessário soltar as amarras impostas ao Poder Judiciário. Entre outras mudanças, o fim da imposição da diminuição da pena no crime tentado.

O criminoso não pode ser visto como um ser frágil e o resultado de uma sociedade perversa. Oportunidades existem, mas muitos preferem o caminho mais curto, quando simplesmente se utilizam de crimes como uma forma de vida. Há exceções, como tudo na vida, porém a realidade, hoje, é outra.

Observa-se, que o Código Processual Civil, ao contrário do Processo Penal, avançou muito no caminho da eficiência. A vítima deixou de ser vista como “um pobre coitado.” Hoje, no processo civil se busca a eficácia da sentença. Institutos como os atos de cautela, a tutela antecipada, maior garantia no processo de execução, entre outros recursos, trouxeram ao processo civil um novo fôlego na busca da segurança social. Esses institutos gravitam sobre o processo civil com

eficácia e podem ser utilizados a qualquer momento pelo Juiz. Maior eficiência jurídica se reflete na confiança do povo no Poder Judiciário. É o Estado cumprindo o seu desiderato.

Não se pode negar que o sistema carcerário de nosso país é precário. É sabido que não existe um processo educacional visando a reintegração do criminoso ao meio social. Este trabalho, porém, não leva em consideração esta realidade descrita. Certamente, este fato real é matéria para outro tipo de discussão. No mais, não há um ato isolado capaz de modificar a realidade complexa e violenta de nosso país. É necessária uma séria de medidas positivas em busca de tempos melhores. A necessidade de um sistema carcerário mais eficiente é, sem sombra de dúvidas, uma necessidade complementar a esta tese em exposição.

6.1 Os objetivos da imposição de uma pena

A condenação de um criminoso através de uma sentença penal condenatória tem como objeto a proteção da ordem jurídica e, em última instância, a proteção da própria ordem social. Uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado em desfavor de quem, deliberadamente, age contra a ordem jurídica estabelecida, é a demonstração do poder-dever do Estado. Uma prova inequívoca da outorga dada pelo próprio povo, na tentativa de manter, ou tentar manter a ordem pública.

Pode-se afirmar que a pena possui dois aspectos a serem destacados. Sob o aspecto social da pena, visa-se impedir o cometimento de novos crimes. Por um lado deste aspecto, tem-se como objetivo a readaptação do criminoso e, conseqüentemente, o seu retorno ao convívio social. Por outro ângulo, serve de exemplo aos demais componentes do grupo social ao qual pertence o apenado. O Estado mostra o seu poder. Poder de legislar, condenar e levar o criminoso ao cumprimento da pena imposta.

O outro aspecto da pena é simplesmente o desejo de punir. A pena ganha uma feição de vingança. O Estado pune o indivíduo que de forma consciente age contra a ordem jurídica imposta. A pena aplicada deve ser proporcional ao crime cometido. A condenação imposta deve refletir o quanto o objeto tutelado pelo Estado

foi atingido.

6.2 Circunstâncias atenuantes do crime (circunstância inominada)

Além das circunstâncias atenuantes previstas no art. 65 do C.P.B, estas fundamentadas em dados objetivos e subjetivos e de utilização obrigatória por parte do aplicador do direito, o Código Penal traz em seu art. 66,¹⁴ as denominadas circunstâncias inominadas. Em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei,¹⁵ nem especificadas, tem, o magistrado, o poder-dever de utilizar estas circunstâncias em favor do réu.

As circunstâncias atenuantes inominadas se caracterizam por ser de uso restrito ao caso e de conteúdo variável. Este instituto permitirá ao juiz considerar aspectos do fato não previstos expressamente.¹⁶ Assim, o prolator da sentença tem uma “arma poderosa” nas mãos, onde de forma restrita e de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, pode atenuar o ato criminoso, caso aplique a teoria subjetiva na sobreposição da pena no crime tentado. Teoria defendida neste trabalho.

Diferentemente da legislação atual, onde o Juiz é obrigado, em respeito ao art. 14, parágrafo único do C.P.B, a diminuir de um a dois terços a pena aplicada ao crime tentado, dentro da teoria subjetiva em estudo, o juiz de acordo com as circunstâncias restritas ao caso, pode se utilizar do esquecido art. 66 do C.P.B e aplicar a pena de forma mais proporcional à mácula cometida contra o objeto ou objetos tutelados pelo Estado.

A título de exemplo, entre muitos outros, podemos destacar um crime de grande repercussão em nosso Estado. Refiro-me, segundo provas colhidas nos autos e hoje de conhecimento público, ao crime de tentativa de homicídio, pelo qual o sentenciado Marcelo Fontelele Maia vitimou Roberta Viana Carneiro (ver sentença em anexo). Consta nos autos em referência, que a vítima foi atingida por um balaço

¹⁴ A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 1998, p. 304.

¹⁶Ibid.

na cabeça e que o autor do disparo não conseguiu seu intento, a morte de Roberta Carneiro, por motivos alheios à sua vontade.

É de conhecimento público e em conformidade com o laudo de exame de corpo de delito, que Roberta Carneiro, mesmo sobrevivendo à tentativa de homicídio, tem, hoje, uma vida extremamente limitada, com sequelas graves e irreversíveis. Mesmo diante desse horrendo quadro, o juiz que prolatou a sentença condenatória foi obrigado, por imposição legal, a reduzir a pena-base aplicada em 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses. A sorte (ou não) da vítima, a eficiência da nossa medicina, ou outro fato qualquer, agiu em benefício do réu. O réu praticou todos os atos necessários à consumação do crime de homicídio, mas por motivos alheios à sua vontade, o efeito morte não se concretizou. Desta forma, a lei agiu em benefício do réu, porém em detrimento à credibilidade da justiça e da paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra República é originária do latim, *res publica*, que significa *coisa pública*. Esta forma de governo prioriza a coisa pública desde sua origem etimológica. Partindo dessa premissa a sociedade como um todo deve estar acima dos interesses individuais. Entendemos que a inclusão do interesse social como objeto tutelado em todas as tipificações do nosso Código Penal, tendo como consequência imediata a não mais diferenciação entre o crime consumado e o tentado, conforme a teoria subjetiva do crime é uma tese plausível e coerente. O desejo do agente em ferir os interesses da sociedade, ao dolosamente cometer um crime ou crimes, consumado ou não, deve ser punido com os mesmos rigores, já que o desejo de cometer crimes é inconteste. Os princípios constitucionais da primazia do interesse público, da isonomia e da proporcionalidade devem prevalecer.

O amadurecimento na defesa da tese em exposição, deu-se com a aplicação direta do art. 14, parágrafo único do C.P.B¹⁷, ao auxiliar na elaboração de sentenças criminais. Mesmo havendo o desejo deliberado no cometimento de crimes violentos como roubo ou homicídio, por exemplo, a não consumação do crime, por motivos alheios à vontade do agente, implica, necessariamente, na redução significativa da pena a ser aplicada. Muitas vezes, o crime desejado não é consumado por imediata e eficaz reação impeditiva da vítima, que, sem saber, com seu ato, está beneficiando o seu algoz. Da mesma forma, a ação imediata e precisa de policiais militares ao impedir a consumação do crime, está beneficiando, com a redução obrigatória da pena, o indivíduo criminoso. Fato que é, no mínimo, curioso.

No Direito Penal, por princípio basilar, prevalece o *in dubio pro reo*, que certamente deve e está sendo respeitado neste trabalho monográfico. Justificado pela manutenção da segurança jurídica e pela tentativa de manter a paz social, este princípio é uma forma de proteção ao cidadão contra as injustiças e o poder superior do Estado em punir. Deve ser lembrado, porém, que este princípio se faz mais presente durante a aplicação da reprimenda estatal, ou seja, durante a formação da sentença, na busca da verdade real dos fatos. Diante de dúvidas na formação da

¹⁷ Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

culpa, aplica-se, então, o princípio garantidor do *in dubio pro reo*. Certamente, este princípio não está sendo maculado nesta nova forma de pensar o direito. Institutos como o arrependimento eficaz, a desistência voluntária, a suspensão condicional do processo, entre outros direitos, permanecem sem restrições.

Além das razões acima elencadas, como forma complementar na tentativa de ampliar as justificativas apresentadas, destacamos que o próprio Código Penal Brasileiro, em seu artigo 352, traz uma tipificação penal onde, conforme nossa tese em exposição, não diferencia a pena aplicada entre o crime consumado e o tentado:

Evasão mediante violência contra a pessoa

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido à medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena – detenção de 3 (três) meses a (um) ano, além da pena correspondente à violência.

Torna-se clara a intenção do legislador em punir o autor do crime acima referido com a mesma pena, tendo o agente conseguido se evadir ou não.

Outro exemplo a ser dado é o art. 288 do C.P.B¹⁸ – crime de formação de quadrilha ou bando - onde se pune a intenção dos agentes de se reunirem na intenção de cometer crimes.

A imposição presente no parágrafo único do art. 14 do Código Penal Brasileiro, onde é determinada a diminuição da pena de um a dois terços no crime tentado, é totalmente ineficaz sob o aspecto social. Mesmo de forma tentada um crime é cometido. O desejo de ferir a ordem pública já está caracterizado. Não se tem, portanto, um fundamento lógico de se ter a pena aplicada minorada.

O crime tentado não se consuma por motivos alheios à vontade do agente. A lei atual é benéfica ao réu. Esta realidade deve ser modificada com a inclusão do interesse público em todas as tipificações penais, conforme tese ora defendida. Deve-se levar em consideração, sempre, o íntimo do agente.

Reconhecemos a complexidade do tema abordado, porém não

¹⁸ Quadrilha ou bando – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

encontramos empecilho jurídico, já que a proteção do indivíduo cumpridor das leis é inviolável. A nossa Constituição, *Constituição cidadã*, é exemplo para todas as nações. Não podemos, no entanto, fechar os olhos para a realidade em que vivemos. A violência crescente, a qual nossa sociedade está submetida, traz a certeza que as leis devem, além de ser cumpridas, ser enérgicas, pois também são exemplificativas.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Moraes. **Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005
- COSTA JR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.
- DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana – O Modelo da Nova Prevenção**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 35^a Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FUHRER, Maximiliano, Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal (Parte Geral)**. 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>. Acesso em 26 de abril de 2009.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5826>. Acesso em 28 de abril de 2009.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12771>. Acesso em 02 de junho de 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10^a ed. São Paulo: Método, 2006.
- LÚCIO, Vicente Carlos. **Constituição Federal Comentada**. 2^a. ed. São Paulo: Edipro, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, vol. 1**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 20^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria Geral do Estado**. Ceará: Imprensa Universitária, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da Tentativa (Doutrina e Jurisprudência)**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Anexos

AUMENTO DA VIOLÊNCIA E IMPUNIDADE

Damásio de Jesus

Fevereiro/ 2002

O aumento da criminalidade no Brasil é assustador. Só na capital de São Paulo, em 1998, houve 4.814 homicídios. Em 1999, ocorreram 5.418 homicídios, um aumento de 12% em relação a 1998, com uma média de 14 por dia. Em 2000, na capital, só em quatro dias, durante o fim de semana de 31 de março a 3 de abril, foram cometidos 72 homicídios. No primeiro trimestre de 2001 ocorreram 6.676 mortes dolosas (26% de aumento em relação ao mesmo período anterior).

No Estado de São Paulo, em 2001 tivemos a prática de 267 crimes de extorsão mediante seqüestro – foram 63 em 2000, um aumento de 324%; 11.327 homicídios dolosos e 495 latrocínios. Em 1999, no interior de São Paulo, o número total foi de 3.790 mortes causadas intencionalmente. É um dos mais altos índices de criminalidade do mundo E as pessoas presas no Brasil? Em 1992, havia 74 para cada 100 mil habitantes. Em 1993, 81. Em 1994, 81. Em 1995, 92. Em 1996, 90. Em 1997, 102. Em 1998, não há estatísticas. Em 1999, o total saltou para 113 pessoas presas por 100 mil habitantes. Em Bauru (SP), cidade de 260 mil habitantes, em 1992 havia 192 pessoas presas e, em 1999, 293.

O sistema prisional é um dos piores do mundo. Em 1992, o Brasil tinha 114 mil pessoas presas. Em 1999, elas já eram 192 mil. E, nessa época, qual era o número de vagas no sistema penitenciário? Somente 107 mil. Hoje, nossos presos passam de 200 mil.

A que se deve esse aumento da criminalidade?

Por que, com uma legislação tão abrangente, ocorre esse aumento da criminalidade? As razões são muitas. Mas, genericamente, podemos dizer, o motivo é muito simples: o sistema criminal não funciona, da polícia até a execução da pena.

Além disso, há a confusão legislativa. Não é raro um ex-aluno meu telefonar perguntando qual é a lei aplicável a determinado fato. Não é difícil, também, um juiz de Direito, um membro do Ministério Público ou um delegado de polícia telefonar e dizer: “Não sabemos o que fazer!”. Há uma confusão tão grande com relação à legislação que eles acabam tendo dificuldades em aplicá-la. Ninguém mais sabe o que está em vigor. Essa situação leva não a uma sensação, mas à certeza da existência de impunidade no nosso sistema penal, porque ele não é sério, efetivo, eficiente e, conseqüentemente, não funciona.

Faz dezenas de anos que estamos recomendando: é necessário um pacto social entre os níveis federal, estadual, municipal e a comunidade para tratarmos do problema com seriedade, coisa que ninguém parece querer. É necessário pôr a polícia na rua e aparelhar a Justiça Criminal. Estamos cansados de visitar juízes de Direito que não têm nem computador adquirido pelo Estado; delegacias de polícia em que o delegado diz: “Não tenho combustível. Se a vítima de furto quiser uma

diligência, ela tem de ir com o motorista até o posto de gasolina para encher o tanque da viatura”.

Como citar este artigo:

JESUS, Damásio de. Aumento da Violência e Impunidade. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev.2002. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO CEARÁ
FÓRUM CLÓVIS BEVILÁQUA
RUA DES. FLORIANO BENEVIDES, 220, ÁGUA FRIA
JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI

ª Sessão de Julgamento presidida pelo Juiz – assumiu a titularidade da 3.ª Vara do Júri em 10/05/2000.

Processo nº 2003.01.23411-6

Vistos etc.

Marcelo Fontelene Maia, qualificado nos autos, foi pronunciado nas sanções do art. 121, § 2.º - II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, sob a acusação do no dia 12 de dezembro de 1998, haver tentado contra a vida de Roberta Viana Carneiro.

Submetido a julgamento, nesta data, o Colendo Conselho de Sentença, reconheceu que o réu fazendo uso de arma de fogo produziu na vítima as lesões descritas nos autos.

O pretório, afirmou que o réu assim procedendo dera início à execução de um crime de homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.

O Colendo Conselho afirmou que o rei agiu por motivo fútil e que praticou o crime com desprevenção-surpresa.

Em decorrência do exposto, considerando a decisão tomada pelo Cenáculo Popular, considerando o que mais consta, resolvo condenar o réu nas reprimendas do art. 121, § 2.º - II e IV, c/c o art. 14 – II, ambos do *multi* citado Código Repressivo.

Feito isso, passo a dosar-lhe o sancionamento penal.

Na 1.ª fase deve-se efetuar o estudo das circunstâncias do art. 59 do CPB.

Considerando as diretrizes do art. 59 do mesmo Estatuto, quanto a culpabilidade, aos motivos circunstâncias do crime, conduta social e os antecedentes do réu, cumpre destacar, por oportuno, que afirmado pelo Júri Popular a ocorrência de duas qualificadoras, apenas uma se presta para qualificar o

homicídio, servindo a outra como agravante, se prevista no art. 61 e 62 do CP. Neste sentido os Recursos Especiais 139.908/DF, DJU de 18/05/1998 e 151.963/DF, DJU de 03/08/1998, hei por bem estabelecer a pena de (15) quinze anos de reclusão.

Em segunda fase, observa-se a existência de atenuantes, diminuo a pena em 06 (seis) meses de reclusão, restando 14 (catorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em terceira fase, temos a existência de causa que leva a diminuição da pena, uma vez que em se tratando de crime tentado (art. 14 – II, do C. Penal), a pena é reduzida de um a dois terços, portanto, diminuo a pena de (4) quatro anos e 10 (dez) meses, diminuição mínima, pois a extensão do *inter criminis* percorrido pelo agente, graduada de acordo com o percentual de aproximação da meta optada, é aqui considerada de maior intensidade, tendo em vista que o balázio fora em seu crânio e que a vítima, mesmo após longos tratamentos médicos, ainda apresenta seqüelas talvez irreversíveis; em vista disso, torno a pena definitiva em (9) nove anos e 08 (oito) meses de reclusão.

O regime de cumprimento da pena será inicialmente fechado, conforme inteligência do art. 1.º, § 2.º da Lei n.º 11.464 de 28 de março de 2007.

Expeça-se mandado de prisão.

O motivo de justificação da prisão não é somente a hediondez do crime, mas evitar que cada vez cresça a cultura da impunidade, não seguindo o entendimento dos tribunais que entendem a prisão como forma de exceção, entretanto entende o juiz monocrático que, mesmo o crime não sendo hediondo, mas sendo doloso, contra a vida em sua forma tentada ou consumada, deve o condenado pelo Tribunal do Júri ser recolhido a prisão como uma demonstração de que a justiça foi feita.

Com o trânsito em julgado, lance-se-lhe o nome no rol dos culpados e expeça-se carta de guia à Vara das Execuções.

Dou as partes por intimadas e publicada a presente decisão neste ato.

Registre-se.

Sala das Sessões do 3.º Tribunal do Júri.

Fortaleza, 13 de dezembro de 2007.

Juiz Presidente do 3.º Tribunal do Júri

Homicídios dolosos

Capital – Taxa por 100 mil habitantes

**Extorsão mediante sequestro**

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002.
Fonte: Ministério da Justiça/Sistema Nacional de Segurança Pública

Roubo de veículos

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002.
Belo Horizonte não aparece no gráfico

Atentado violento ao pudor

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002

Roubo

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Nesta tabela estão agregados os seguintes delitos: roubo, roubo a carro forte, roubo a estabelecimento comercial, roubo a residência, roubo a taxi, a transeuntes, roubo de carga, roubo a bancos, roubo de veículos e assaltos a ônibus. Dados de 2002

Furto de veículos

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002

Roubo seguido de morte

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002

Estupro

Capital – Taxa por 100 mil habitantes



* Dados do primeiro semestre de 2002