

DOI: <https://doi.org/10.30749/2594-8261.v4n1p45-61>

## ESTADO DE EXCEÇÃO E PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

### STATE OF EXCEPTION AND JUDICIARY: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE SELECTIVITY OF CRIMINAL LAW

Alex Cadier\*  
Cristina Leite Lopes Cardoso\*\*

**Resumo:** O presente artigo, através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, discute as razões que identificam o estado de exceção como paradigma de governo e a atuação do Judiciário como legitimador deste estado, especificamente no âmbito do Direito Penal. Em primeiro lugar, lançaremos um olhar acerca das noções de biopolítica e de exceção, mostrando como se aplicam às sociedades democráticas contemporâneas. Posteriormente, evidenciar-se-á que o Poder Judiciário, ao invés de funcionar como um contraponto ao estado de exceção, em verdade o legitima, ao atuar também de forma seletiva quanto ao destinatário de suas decisões, o que ficará claro na análise dos argumentos utilizados pelo STJ na recente uniformização do entendimento acerca da consumação do crime de furto, oposta à tese de extinção da punibilidade aplicada em geral nos crimes tributários.

**Palavras-chave:** Biopolítica. Controle Social. Direito Penal. Poder Judiciário.

**Abstract:** This article, through bibliographic review and jurisprudential analysis, discusses the reasons that identify the state of exception as a government paradigm and the judiciary acting as legitimizing this state, specifically in the context of criminal law. First, we will launch a look about biopolitics notions and the state of exception, showing how they apply to contemporary democratic societies. It will then be evident that the judiciary, rather than act as a counterpoint to the state of exception, in fact legitimizes, to also act selectively as the recipient of their decisions, which will become clear in the analysis of arguments used by the Supreme Court in the recent standardization of understanding of the consummation of the crime of theft, as opposed to extinction theory of punishment applied in general in tax crimes.

**Keywords:** Biopolitics. Social Control. Criminal Law. Judiciary.

---

\* Professor na Universidade Estácio de Sá nas disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Civil. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: [alexcadier@gmail.com](mailto:alexcadier@gmail.com).

\*\* Doutora em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Memória Social pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. E-mail: [criskikacardoso@yahoo.com.br](mailto:criskikacardoso@yahoo.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8569558664528384>.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a discutir as razões que identificam o estado de exceção (AGAMBEN, 2004) como paradigma de governo e a atuação do Judiciário como legitimador deste estado, especificamente no âmbito do Direito Penal, valendo-se para tanto de revisão bibliográfica e de análise crítica de julgados dos tribunais superiores como metodologia.

Para tanto, realizar-se-á uma observação do controle social presente nas noções de biopolítica (FOUCAULT, 1998) e de exceção, demonstrando como estes dispositivos operam e estão presentes nas sociedades democráticas contemporâneas. Tais mecanismos de exceção podem ter como destinatários desde adversários políticos a, até mesmo, categorias inteiras de cidadãos que pareçam “inadequados à ordem vigente”. A definição do inimigo público é fruto de uma construção pautada pela seletividade, que no âmbito do Direito Penal é direcionada predominantemente para a população pobre e negra, que não conta com a proteção de direitos políticos mínimos, configurando-se como os *homo sacer* (AGAMBEN, 2014) da vez.

Em seguida, será discutido como o Poder Judiciário, muitas vezes se colocando como a mais alta instância moral da sociedade (MAUS, 2000), ao invés de funcionar como um contraponto ao estado de exceção, em verdade o legitima, ao atuar também de forma seletiva quanto ao destinatário de suas decisões, afastando-se do direito penal do fato, alinhando-se ao direito penal do autor, em flagrante desrespeito à ideia de isonomia republicana. (STRECK, 2014).

Por fim, far-se-á uma análise dos argumentos utilizados pelo STJ quando da uniformização do entendimento acerca da consumação do crime de furto, incorporando nos argumentos dogmáticos o subjetivismo de uma política criminal cada vez mais repressiva, diametralmente oposta à tese de extinção da punibilidade aplicada em geral nos crimes tributários.

## 2 BIOPOLÍTICA: A GESTÃO DA POBREZA PELO SISTEMA PENAL

Foucault explicita no texto “Sujeito e Poder” que, ao estudar a objetivação do sujeito ao longo de mais de vinte anos, acabou por envolver-se demasiadamente no

estudo do tema “Poder”. Isto se deu porque o sujeito, tema geral de sua pesquisa, é sempre colocado em relações de poder muito complexas (DREYFUS; RABINOW, 2013, p. 274). Sua primeira obra a tratar do poder foi “Vigiar e Punir”, em que ele, inicialmente, aborda a Soberania Clássica, momento do Estado Absolutista aonde o soberano detinha o poder de fazer morrer aquele que viesse a se colocar como inimigo do rei. O foco aqui não era a gestão de massas, mas sim a punição daquele que viesse a trazer incomodo ao poder real, através de leis e punições (sistema legal) que evidenciassem a grandeza do poder do soberano através da espetacularização da punição.

Observa-se, contudo, que, nesta obra, Foucault não se alonga nesse tema, mas sim no chamado Poder Disciplinar, onde, utilizando-se de instituições totais (BENTHAM, 1987), o poder manifesta-se no disciplinamento dos corpos de um número determinado de pessoas (sejam soldados, operários, doentes, clérigos, loucos ou presos), que serão normalizados através de padrões comportamentais preestabelecidos, tendo seu tempo e espaço monitorados através da tecnologia do panóptico. A constante ameaça de vigilância, dociliza os corpos em um adestramento cadenciado aonde aquele que não se adéqua (ou não se adestra) é considerado como inapto.

O poder disciplinar, cujo apogeu se deu nos séculos XVII e XVIII, vem trazendo consigo um discurso de humanização das penas, o atuar sobre os corpos (anátomopolítica) alcançava um número maior de indivíduos, mas ainda não se tratava da ideia de gerir uma massa de pessoas. Foi na obra intitulada “Segurança, Território e População” que Foucault expos, através de exemplos, toda a trajetória do poder até a tecnologia que possibilita a gestão de uma massa de pessoas, os chamados dispositivos de segurança.

O dispositivo aparece para o controle dessa massa denominada agora por população, que será não mais adestrada, mas sim gerida. A partir de então, deu-se a inversão: não se trata mais de fazer morrer e deixar viver, mas sim de fazer viver e deixar morrer. Com o auxílio de outros saberes, como as ciências sociais e a estatística, os desejos da população a ser gerida passa a ser conhecido e, assim, o poder passa a ter a capacidade de modulá-lo de acordo com o que se pretende.

A população a ser gerida crê ser livre em suas escolhas, mas não percebe que esse poder está a operar de maneira mais profunda, pois ele traz a crença de que

há o atuar livre dos sujeitos, quando em verdade há um controle muito mais profundo e capcioso das populações, eis aqui o que Foucault chama de biopolítica. Ao compreender esse significado, fica menos nebuloso o porquê de Agamben (2014) falar de uma relação de íntima solidariedade entre as democracias e os totalitarismos.

Nascimento (2010, p. 145) explica essa estranha relação: enquanto a palavra “solidariedade” significa a ideia de um mútuo auxílio, a palavra “íntimo” significa aquilo que de tão próximo que é, fica menos evidente. Ele afirma que:

Historicamente, a democracia vem como resposta a todo sistema e opressão exterior ou interior. A sua instituição está ligada ao sentimento de liberdade, evoca os valores da autodeterminação e autogestão, a cruzada de concretização de princípios e ideais, tais como os cabedais de liberdade e igualdade. (NASCIMENTO, 2010, p. 145).

Este mesmo autor apresenta inúmeras características inerentes ao totalitarismo, já evidenciando a percepção de que algumas delas aparecem também em diversas democracias o que por si só não explicaria ainda a referida íntima relação. Uma possibilidade seria a ideia de que traços do totalitarismo permaneçam nas atuais democracias de maneira mais ou menos intensas, exercendo o controle de massas, presente nos chamados dispositivos de segurança. Parece-nos que Agamben (2014 apud NASCIMENTO, 2010, p. 153) também segue nesse sentido ao fazer a afirmação de que talvez ainda estejamos vivendo sob o signo do fascismo e do nazismo, numa análise sob o ponto de vista político. Ora, a compreensão da dimensão do biopoder já insinuava o risco do controle da população.

Agamben (2014, p. 9) explica que a palavra “vida” para os gregos trazia dois significados: *zoé* e *bíos*. *Zoé* tinha relação com qualquer vida, seja ela humana ou animal, enquanto que *Bíos* trazia a relação com a vida de um indivíduo ou de um grupo em um “bem viver”. Para a biopolítica o interesse recai sobre a primeira com a ideia de gerir uma massa de pessoas. Observa-se que os indivíduos que compõe essa massa não são vistos de maneira personalizada, mas sim animalizada. A vida deles pode ser usufruída e controlada (inclusive quanto à morte), é a chamada vida nua.

Foucault (1998 apud AGAMBEN, 2014, p. 10) traça esse caminho entre o poder soberano e o governo dos homens evidenciando que essa tecnologia foi essencial para o desenvolvimento do capitalismo (já que o indivíduo aqui é docilizado e anulado, tornando-se uma engrenagem das relações de produção). Ele aponta duas diretrizes: o estudo das técnicas políticas aonde o Estado assume o cuidado da vida

dos indivíduos, ou seja, a gestão da população; e o processo produtor de subjetividade.

Vale destacar que a politização da vida nua para Agamben já existia desde o poder soberano e que para esse autor, a biopolítica não conseguiu estabelecer a articulação entre *zoe* e *bíos*, mantendo a vida nua matável e insacrificável do *homo sacer* presente através da exclusão. Assim, é possível o uso de dispositivos de segurança através dos quais mecanismos de exceção coexistam com o Estado de Direito.

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que foi excluído não está, por causa disso, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão. (AGAMBEN, 2014, p. 24).

Em suma, a exceção, nos casos analisados – a seletividade que impõe o rigor para alguns e não para outros – nada mais é do que a relação de exceção aonde observamos a suspensão da regra, ou melhor da norma sob um viés constitucional, dando lugar à exceção – qual seja, uma interpretação do Direito Penal de maneira deturpada, elástica, visando absorver mais do que a lei permitiria – e assim, tal “interpretação excepcional” passa a ser vista também como regra, é naturalizada, é justificada à luz da função oculta do direito penal que é realizar uma punição seletiva dos pobres. (WACQUANT, 2001, p. 7-13).

Veremos que a aplicação da lei penal apresentada nos julgados a seguir evidencia qual a vida que vale menos, quem será o *homo sacer* a ser sacrificado, no caso penalizado, com mais rigor pelos agentes políticos do Estado.

A criminalização da pobreza é um fenômeno que visa justamente a gestão da vida nua dos miseráveis, e, não à toa, já tínhamos, conforme dados disponibilizados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017, p. 7-46), uma população carcerária composta de jovens (30% entre 18 e 24 anos e 24% entre 25 e 29 anos), negros e pardos (64%) e de baixa escolaridade, onde 51% sequer concluíram o ensino fundamental. Destaque-se ainda que sem contar o número de pessoas que cumpriam prisão em regime domiciliar, tínhamos até a primeira metade de 2017, o expressivo número de 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, colocando o país com a marca da terceira maior população prisional do mundo.

Ressalte-se que 46% dessas pessoas estão presas pela prática dos crimes de roubo e de furto, enquanto que os demais crimes objetos da crítica neste artigo sequer aparecem nas estatísticas, pois entram numa categoria indeterminada chamada de “outros” que somam pouco mais de 5% dos apenados. A rigor, sequer teríamos como afirmar que havia alguém preso em razão de crimes contra a ordem tributária e previdenciária na ocasião da pesquisa do INFOPEN. E isso não significa que ninguém escape ao pagamento de tributos, mas sim que as garras do Direito Penal são afiadas para atingir apenas uma categoria de indivíduos.

E que fique claro que não estamos aqui a fomentar o recrudescimento das penas daqueles considerados como menos reprováveis, mas sim apontar o quanto a nossa jovem democracia flerta com o totalitarismo moderno, onde a manutenção da ordem e o controle social podem ser balizados de acordo com a necessidade do momento de combater o indivíduo tido como indesejável. Não por acaso, temos também um número elevadíssimo de pessoas presas pelo crime de tráfico de drogas (30%), sendo o crime que isoladamente mais prende no país, merecendo destacar que esse tipo penal sequer envolve violência à pessoa<sup>1</sup>.

Dessa maneira, a técnica permanente e naturalizada de exceção utiliza o Direito Penal não como *ultima ratio*, mas como *prima ratio* para o inimigo eleito: o jovem negro, pobre e de baixa escolaridade. Será este o *homo sacer* que será coisificado, despido de humanidade, despersonalizado e rotulado como inimigo a ser aniquilado (Não obstante o sistema penal ainda insista em apresentar-se hipocritamente como ressocializador – ora, no máximo veremos a docilização de corpos como falava Foucault).

Segundo Thompson a primeira característica da imagem do criminoso é a sua origem relacionada ao baixo status social, reforçando a ligação entre pobreza e crime, o que acaba por justificar o tratamento de maior rigor do Direito Penal sobre eles: “ao afirmar que o criminoso é, caracteristicamente, pobre, abre-se facilmente a possibilidade de inverter os termos da equação, para dizer: o pobre é, caracteristicamente, criminoso.” (THOMPSON, 1998, p. 64).

Por sua vez, Zaffaroni, seguindo a mesma linha de pensamento, destaca que:

---

<sup>1</sup> Caberia aqui até a elaboração de outro artigo envolvendo a questão da política de combate às drogas de um lado e de outro a indústria farmacêutica, bem como a questão das drogas lícitas como álcool e cigarro. Parece-nos que a seletividade repete aqui a função oculta do Direito Penal tão bem trabalhada por Loïc Wacquant.

Quase todo o direito penal do século XX, na medida que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminado, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas. (ZAFFARONI, 2014, p. 18).

O ato de desumanizar já foi apontado anteriormente, trata-se do que Agamben denomina como vida nua. Como resultado, a atividade da justiça penal se despreocupa com o que o acusado fez, para atentar cuidadosamente para o que ele é. Vale dizer, com amparo nas lições de Zaffaroni, que a escolha desses inimigos tem caráter eminentemente político. Opta-se por não realizar reformas estruturais, apoia-se a comunicação de massa permitindo a deturpação e a omissão de informações, aprofundam-se preconceitos, toleram-se discursos de ódio. A advocacia combativa é estigmatizada, a ideia de que os direitos são entraves à realização da justiça (leia-se punição) é propagada. Polariza-se a questão: de um lado os homens de bem e de outro os inimigos. Acertadamente este autor afirma que essa dinâmica: “arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio.” (ZAFFARONI, 2014, p. 17).

Resta evidenciado que o jovem negro, pobre e de baixa escolaridade é o *homo sacer* brasileiro. Assim, ele é a exceção à regra: ele deverá ser segregado, ainda que se crie uma interpretação absurda do Direito Penal para que isso ocorra, como veremos nos julgados que tratam de crimes patrimoniais abaixo criticados. Isso quando não são assassinados pelos próprios braços do Estado nos famigerados autos de resistência (não é exagero falar de genocídio da população jovem negra no Brasil). (COLETIVO DAR, 2016)<sup>2</sup>.

A definição do inimigo público é fruto de uma construção pautada pela seletividade, que no âmbito do Direito Penal é direcionada predominantemente para essa população que não contará com o Direito Penal como *ultima ratio*. Para eles a relativização de garantias, para eles o rigor, para eles a prisão (ainda que cautelar), para eles a morte. Afinal, eles têm a vida nua, a vida que não vale. E, no que diz respeito à questão criminal, são “eles” (e não “nós”) os *homo sacer* da vez.

---

<sup>2</sup> Vale a leitura da seguinte reportagem sobre autos de resistência.

### 3 OS CASOS EM ANÁLISE: O MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DOS CRIMES DE ROUBO E FURTO E A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA

Em novembro de 2015, o STJ, em duas decisões analisando recursos especiais representativos de controvérsia, firmou o entendimento de que nos crimes de furto ou roubo, a mera inversão da posse da *res furtivae* já caracteriza o crime consumado, mesmo que o autor da ação delitiva não saia do campo de visão da vítima, sendo detido logo em seguida e os bens, rapidamente devolvidos. Neste sentido, transcrevemos as ementas dos julgamentos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: 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 a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

2. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução).

3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo que a consumação do crime de roubo independe da posse mansa e pacífica da res furtiva, restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.

REsp 1499050/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 09/11/2015. (BRASIL, 2015a).

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha a posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda



que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

REsp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015. (BRASIL, 2015b).

Buscando justificar a tese, o Ministro Relator do Resp nº 1.499.050 – RJ, Rogério Schietti Cruz, faz em seu voto uma longa explanação da evolução do tema na jurisprudência brasileira, passando pelo direito romano e as múltiplas interpretações do conceito de furto e roubo. Da mesma forma, o Ministro Relator do Resp nº 1.524.450 – RJ, Nefi Cordeiro cita as mesmas fontes, afirmando estar a questão pacificada no âmbito do STF, conforme o julgado RE 102490, de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 17/09/1987. (BRASIL, 1987)<sup>3</sup>.

Com a devida vênia, não há como concordarmos com este entendimento. Os crimes de roubo e furto são delitos de desapossamento, ou seja, deve haver novo poder de disposição sobre a coisa, pouco importando a questão da esfera de vigilância. O sujeito que é perseguido logo após a retirada do bem do poder da vítima tem apenas um poder precário sobre a coisa, não se verificando a consumação, mas sim a tentativa. Nos crimes contra o patrimônio, o bem jurídico tutelado só estará definitivamente lesado quando o poder de disposição sobre a coisa se tornar concretizado de fato, o que importa dizer que a sua posse deve estar assegurada.

De acordo com o entendimento exarado pelo STJ, não há como se caracterizar uma tentativa de furto, a não ser que se considere o início da execução ocorrendo antes do início da prática da ação típica, o que afrontaria o princípio da legalidade nos moldes de uma sociedade "Minority Report"<sup>4</sup>. As decisões proferidas pelo STJ, impregnadas por uma discricionariedade positivista, deixam transparecer o subjetivismo de uma política criminal repressiva e seletiva, enquadrando-se dentro daquilo que Wacquant trata quando aborda a criminalização da pobreza, como visto anteriormente.

---

<sup>3</sup> A mesma tese é reafirmada no STF nos julgados HC 69753 – SP, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24/11/1992. (BRASIL, 1992). HC 98162 – SP, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012. (BRASIL, 2012a). HC 108678 – RS, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012. (BRASIL, 2012b). HC 114329 – RS, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/10/2013. (BRASIL, 2013).

<sup>4</sup> Minority Report é um conto de ficção científica escrito por Philip K. Dick, publicado em 1956, e adaptado para o cinema por Steven Spielberg em 2002. A trama se desenvolve numa sociedade futurista onde os crimes de homicídio são prevenidos antes que eles ocorram, graças ao auxílio de indivíduos, conhecidos como precogs, capazes de ver o futuro.

Curioso notar que quando falamos de crimes financeiros, contra a ordem tributária, os popularmente conhecidos crimes de colarinho branco, o rigor e a disposição de se “fazer justiça” apresentados pelo STJ não se evidenciam de forma tão clara. Nestes casos, firmou-se o entendimento, com base no artigo 9º, da Lei 10.684/03 (BRASIL, 2003)<sup>5</sup>, de que o pagamento dos tributos não recolhidos em seu tempo acarreta a extinção da punibilidade, ou simplesmente o seu parcelamento, determina a suspensão da pretensão punitiva do Estado. Isto mesmo, o sujeito se apossou indevidamente de valores que deveriam ter sido recolhidos ao erário, não importa o motivo, mas desde que demonstre a disposição em recolher os tributos devidos, de forma parcelada, já faz com que se chegue praticamente ao fim a possibilidade de responsabilização penal.

Logo, isso quer dizer que aqueles que cometem crimes financeiros, contra a ordem tributária ou previdenciária, podem “demonstrar” o seu arrependimento para fugir das garras da justiça, enquanto que com o andar de baixo das classes menos privilegiadas, justamente os que cometem crime contra o patrimônio das classes dominantes, mais favorecidas, com estes a justiça é implacável, não há perdão.

Tendo como pressuposto a supremacia normativa da Constituição, situada no topo da pirâmide jurídica e funcionando como alicerce do Estado Democrático de Direito, e ainda os princípios da proporcionalidade e da *ultima ratio* do Direito Penal funcionando como orientadores dos Poderes Legislativo e Judiciário, vemos que uma simples comparação entre os dois entendimentos afasta-se por completo da integridade que se espera do Direito.

#### Segundo Dworkin:

O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judicosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão

---

<sup>5</sup> Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 2007, p. 492).

Ele afirma que o funcionamento adequado do Estado impõe uma nítida distribuição de responsabilidades ao Legislativo e ao Judiciário, cabendo ao parlamento a função de produzir leis que sejam moralmente coerentes e aos juízes, atuando em seu mister, levar em consideração hermeneuticamente a coerência moral que deve envolver todo o ordenamento jurídico (DWORKIN, 2007, p. 213). Em outras palavras, coloca a integridade condicionada à existência e ao respeito de um conjunto de regras moralmente coesas compondo um ordenamento jurídico e deve haver um respeito por parte dos juízes na sua operacionalização.

O problema aqui, no entanto, é precisar que moral é essa aplicada pelo juiz no caso concreto, uma moral social (DWORKIN, 2011, p. 128) que poderia conformar a decisão judicial ou uma moral individual, fruto da mais pura discricionariedade positivista. Trata-se de um conceito vago e impreciso, assim como existe uma “relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade.” (MAUS, 2000, p. 186).

Temos visto muitas vezes que o Poder Judiciário adota uma postura de distanciamento da realidade social, criando uma espécie de “imunização das decisões do juiz contra qualquer controle, na medida em que o magistrado tem incentivado o seu papel de engenheiro social” (NUNES, 2011, p. 186). A seletividade do Judiciário no tratamento anti-isonômico em relação aos crimes patrimoniais e os crimes contra a ordem tributária revela uma opção pela manutenção do poder pelas classes dominantes, colocando-se o Poder Judiciário como um guardião sem controle da moral social, pois conforme aponta Ingeborg Maus:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda a instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. (MAUS, 2000, p. 187).

Karam (1993) também destaca os perigos deste afastamento:

O distanciamento, o isolamento da magistratura, sua adesão a valores das classes dominantes, levam a que sua atuação se pautem pela lógica e pela razão do poder de classe do Estado, desconhecendo as condições de vida e os valores das camadas mais baixas e marginalizadas, bem como as culturas

alternativas, percebendo e julgando sua clientela dentro dos marcos de referência da ideologia dominante.

O tratamento interpretativo desigual utilizado pelo Judiciário na tipificação em concreto dos casos apresentados, de forma velada, demonstra uma aplicação seletiva do Direito Penal, exercendo o Judiciário um papel opressor das camadas mais desfavorecidas, o que não se deve admitir.

Para que haja um sistema jurídico equilibrado, é preciso que o Judiciário atue com critérios claros e definidos e não com base numa moral criada pelos próprios juízes. Streck (2014, p. 307), apoiado nas lições de Dworkin, contextualiza:

(...) quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre justiça e equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre de integridade nas decisões que tomam. (...) é a afirmação de que 'o intérprete sempre atribui sentido (*Sinnggebung*) ao texto' nem de longe pode significar a possibilidade de ele estar autorizado a atribuir sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência' autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. (...) Isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária (e, acrescento, tampouco, discricionária).

Falta ao ordenamento penal brasileiro uma filtragem constitucional (SCHIER, 1999, p. 104), isto é, todas as espécies normativas devem passar pelo crivo da Constituição, devem existir e ser consideradas como válidas sempre sob a luz da Lei Maior. É através dessa observância que se afere se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que entra o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão compatíveis com a Constituição.

Quando o Poder Judiciário aplica o direito penal do autor e não do fato, ele se afasta da Constituição, se afasta do princípio republicano da isonomia. Não há como aceitar um tratamento diferenciado dispensado aos agentes de crimes patrimoniais se existe previsão de benefícios aos que praticam crimes contra a ordem tributária nos casos de pagamento do tributo, em razão das semelhanças fundamentais que existem entre esses delitos.

Afirma Lênio Streck (2009, p. 13) que "o grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito." Deve-se pensar o Judiciário como um braço forte no processo de consolidação do Estado Democrático de Direito,

colaborando para a justiça social, consciente de sua posição de coautor e não de exclusivo protagonista. O juiz é um agente do Estado que desempenha um papel fundamental no cenário social, contudo não se deve admitir que a pretexto de desempenhar um papel importante, passe o juiz a acreditar ter ele uma postura sobre-humana distante da realidade social.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, pudemos observar que a postura do Poder Judiciário, ao invés de ajudar no combate à desigualdade social, compromisso assumido pela Constituição Brasileira, tem, na verdade, em matéria de Direito Penal, servido como mais um elemento opressor daqueles que são historicamente menos favorecidos.

Discutimos as razões que identificam o estado de exceção como paradigma de governo e como as decisões judiciais podem atuar como legitimador deste estado, especialmente na seara penal. Essa atuação desvirtuada do compromisso constitucional se faz presente nas noções de biopolítica e de exceção, demonstrando como estes dispositivos operam e estão presentes nas sociedades democráticas contemporâneas.

Com o fim dos anos de autoritarismo, foi feita uma clara opção por vivermos em um Estado Democrático de Direito, isto é, uma conquista histórica que não pode ser enfraquecida. A constante relativização de direitos fundamentais que tem ocorrido em nossos tribunais demonstra que na área penal o tratamento seletivo funciona como um retrocesso. As democracias deveriam funcionar como um antídoto contra o sistema e a opressão exterior ou interior, valorizando a liberdade e a igualdade.

No entanto, temos visto ainda no Brasil os fantasmas do autoritarismo da ditadura militar pairando sobre o funcionamento do Estado e do imaginário popular, pautando a atuação do Judiciário brasileiro dentro de uma cultura política de seletividade e repressão. Enxerga-se na rigidez de um sistema penal opressor e intolerante a saída para a questão criminal. Tenta-se justificar o rigor das penas sob uma (im)possível ressocialização, quando na verdade, à luz das lições de Foucault e Agamben, o que vemos é a gestão da miséria com o encarceramento do *homo sacer* brasileiro: o jovem negro, pobre e de baixa escolaridade. O Estado, que deveria ter no

Judiciário um poder contramajortário na defesa dos direitos fundamentais, atua mais como um agente legitimador de mecanismos de exceção, acabando por contribuir para o desequilíbrio social com posturas anti-isonômicas, como mostrado nos casos analisados.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2014.

BENTHAM, Jeremy. Panóptico: memorial sobre um novo princípio para construir casas de inspeção e, principalmente, prisões. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 199-229, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas-corpus nº 108.678, Rio Grande do Sul**. Habeas corpus. Direito penal. Furto consumado. Reconhecimento em sede de resp. inexistência de ilegalidade. Princípio da individualização da pena. Ausência de violação. Ordem denegada. Recorrente: Cesar Henrique Rodrigues dos Santos. Recorrido: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Rosa Maria Pires Weber. São Paulo: STF, 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1979470>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas-corpus nº 114.329, Rio Grande do Sul**. Habeas corpus originário contra acórdão unânime do Superior Tribunal de Justiça. Furto a residência mediante escalada. Momento de consumação do delito de furto. Recorrente: Michael Thomaz Silva. Recorrido: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF: STF, 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4689926>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas-corpus nº 69753-4, São Paulo**. Roubo: consumação. Recorrente: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recorrido: Daniel Ferreira Dias. Relator: Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. Brasília, DF: STF, 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71962>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Habeas-corpus nº 98.162, São Paulo**. Habeas corpus. Roubo consumado x furto tentado. Sentença penal condenatória. Pedido de desclassificação para a modalidade tentada. Ausência de

plausibilidade jurídica. Precedentes. Habeas corpus denegado. Recorrente: André Luiz dos Santos. Recorrido: Tânia Cristina Oliveira dos Santos. Relator: Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, DF: STF, 2012a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2786001>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm). Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN - junho de 2017. Organização de Marcos Vinícius Moura. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso especial nº 1.499.050 - RJ**. Recurso especial. processamento sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. Recurso representativo da controvérsia. Roubo. Momento consumativo. Posse mansa e pacífica da Res Furtiva. Desnecessidade. Recurso provido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Carlos Eduardo de Oliveira Ferreira Ramos. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília: STF, 2015a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452518&num\\_registro=201403195160&data=20151109&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452518&num_registro=201403195160&data=20151109&formato=PDF). Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso especial nº 1.524.450 - RJ**. Recurso especial representativo da controvérsia. Rito previsto no art. 543-C do CPC. Direito penal. Furto. Momento da consumação. Leading case. Recurso extraordinário n. 102.490/SP. Adoção da teoria da apprehensio (ou amotio). Prescindibilidade da posse mansa e pacífica. Precedentes do STJ e do STF. Recurso especial provido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Makley da Silva Gonçalves. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF: STF, 2015b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452519&num\\_registro=201500731057&data=20151029&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1452519&num_registro=201500731057&data=20151029&formato=PDF). Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário criminal nº 102.490-9**. Roubo. Momento de sua consumação. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Luiz Antonio Donizete Moreira. Relator: Min. José Carlos Moreira Alves. Brasília, DF: STF, 1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=194789>. Acesso em: 19 mar. 2019.

COLETIVO DAR. **Justiça ignora evidências para inocentar PMs matadores.** [S. l.], 2016. Disponível em: <http://coletivodar.org/2016/02/justica-ignora-evidencias-para-inocentar-pms-matadores/>. Acesso em: 07 mar. 2016.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do pluralismo e da hermenêutica.** Tradução: Vera Portocarrero, Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Tradução: Raquel Ramallete. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben.** 2010. 185 p. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. Disponível em: [http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/280810/1/Nascimento\\_DanielArruda\\_D.pdf](http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/280810/1/Nascimento_DanielArruda_D.pdf). Acesso em: 02 set. 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet.** Curitiba, n. 1, p. 1-31, 2009. Disponível em: [http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf). Acesso em: 02 set. 2019.



THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**: o crime e o criminoso entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução: Andre Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

---

Recebido em 29/03/2020.  
Aceito em 16/04/2020.