

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Halissa Carvalho Giti

**DA EMERGÊNCIA AO EQUILÍBRIO: UM ESTUDO SOBRE OS
CAMINHOS DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE.**

PARANAÍBA/MS

2016

Halissa Carvalho Giti

**DA EMERGÊNCIA AO EQUILÍBRIO: UM ESTUDO SOBRE OS
CAMINHOS DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação do Professor Mestre Rodrigo Cogo.

PARANAÍBA/MS

2016

G442d Giti, Halissa Carvalho

Da emergência ao equilíbrio: um estudo sobre os caminhos do direito penal na contemporaneidade/ Halissa Carvalho Giti. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.

69f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Me Rodrigo Cogo.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direito penal. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana. I. Giti, Halissa Carvalho. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

HALISSA CARVALHO GITI

**DA EMERGÊNCIA AO EQUILÍBRIO: UM ESTUDO SOBRE OS
CAMINHOS DO DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE.**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rodrigo Cogo
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Dr. Isael José Santana
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior

Aos meus pais Marcos e Dinéia, sem eles não teria chegado até aqui.

A minha irmã Heliza, que traz luz e doçura pra minha vida.

As minhas avós, tios e tias, minha família, minha base.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela vida e pela família que me deu, pelas oportunidades e pela proteção constante.

Agradeço aos meus pais, Marcos e Dinéia, que com muito amor me ensinaram tudo que sei dessa vida, que desde cedo me deram liberdade pra escolher o que eu quisesse ser, mas sempre me guiaram pelo caminho da verdade, do respeito. São eles que estão ao meu lado em qualquer circunstancia e através da luta do dia a dia, batalhando por uma vida melhor, que me proporcionaram fazer um curso numa Universidade Estadual, sem nunca transparecer as dificuldades, é pra dar um retorno à eles que busquei me esforçar sempre mais.

Agradeço à minha irmã Heliza, que completa minha vida por ser o que eu sou, e unidas formarmos uma família linda e abençoada.

Agradeço à minha família, avós, tios e tias. Graças dou a Deus porque posso afirmar que tenho uma família unida, que sempre me acompanharam nessa minha caminhada na graduação, e não mediram esforços em me ajudar e impulsionar meu crescimento.

Agradeço a família que constitui aqui, acredito que Deus coloca as pessoas certas na nossa vida, e os laços que a Universidade me proporcionou eu levarei por toda minha vida. Essa família a qual me refiro são os amigos que fiz aqui alias, mais que amigos, irmãos. Mileny, Luísa, Raiane, Rumena e Matheus. Obrigada por serem cada um exatamente o jeito que são, podemos afirmar que passamos por muitos momentos juntos, de muita alegria, nos divertimos, também choramos, passamos por acontecimentos e fases difíceis, superamos todos. São cinco anos juntos, morando (praticamente) todos juntos, dividindo o quarto, a comida, o dinheiro, as risadas e as lágrimas, as conquistas e as derrotas. E é por isso que cada um de vocês é tão especial e insubstituível na minha vida, se não fosse por cada um esse período não seria o mesmo e com certeza eu não teria conseguido chegar até aqui. A graduação me deu mais que conhecimentos técnicos ou científicos, me deu pessoas que eu amo e que me amam, que independente de onde nossos caminhos nos levarem, estaremos sempre juntos em nossos sentimentos e lembranças, eterno “Haras”, como nos denominamos carinhosamente.

Agradeço a todas minhas amigas que construí aqui em Paranaíba, juntas fizemos um grupo sólido, que desde o primeiro ano se ajuda reciprocamente, as “advogatas”.

Agradeço às minhas amigas antigas, que antes mesmo de iniciar meu curso já estavam ao meu lado, naquela fase crítica de escolha do curso, e em todo decorrer dele, todos os dias me escutaram contar, reclamar, me dando apoio mesmo que de longe.

Agradeço aos meus professores, que no longo desses cinco anos transmitiram seus conhecimentos para que eu pudesse aprender. Mesmo que uns mais e outros menos, se doaram para minha formação acadêmica. Agradeço por terem me ensinado não só um Direito técnico, mas por abrirem os olhos, digo agora no geral, dos alunos para que enxergassem seu próximo primeiro como pessoa humana, porque não basta conhecimento técnico se não houver respeito e empatia para com o outro, principalmente na nossa profissão, como instrumentos de justiça. A UEMS Paranaíba tem esse legado, e agradeço por fazer parte disso.

Agradeço ao meu orientador, primeiramente como professor, que muito me ensinou. Sempre gostei do ramo de penal, e tê-lo como professor e orientador só contribuiu mais ainda pra isso. Obrigada por não medir esforços, tempo e paciência para me ajudar na elaboração desse presente trabalho. Agradeço a minha banca, professores Isael e Robertinho, ambos já ministraram aulas pra mim e muito somaram no meu aprendizado, posso chama-los de professores e amigos, com quem tenho afinidades e quero levar para além da graduação.

Enfim, agradeço à todos que direta ou indiretamente me ajudaram no transcorrer dos cinco anos de graduação. Hoje, sou outra pessoa de quando entrei na universidade, tanto intelectualmente quanto como pessoa. O conhecimento vai além dos livros, das leis, e só tenho a agradecer por isso e pelas conquistas que já tive e pretendo ter.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça.”

Eduardo Juan Couture

“Não basta que todos sejam iguais perante a lei. É preciso que a lei seja igual perante todos.”

Salvador Allende.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto central realizar um estudo sobre a crescente demanda punitiva e o aumento da produção legislativa na seara das infrações penais, motivada por correntes doutrinárias e fatores sociais que defendem a exacerbação das sanções como meio mais eficaz de combate à criminalidade. Busca-se, inicialmente, analisar os movimentos do denominado Direito Penal Máximo, os quais influenciam diretamente a cultura de punição exasperada, fazendo um apelo para a criminalização de um número cada vez maior de condutas e aumento das penas cominadas, elevando o Direito Penal à primeira instância, perdendo assim seu caráter subsidiário. Como consequência desta prática tem-se o fenômeno que se convencionou nomear de hipertrofia do Direito Penal, no qual este atua além da proteção dos bens jurídicos mais importantes, com a possível violação da dignidade da pessoa humana e de inúmeros princípios penais constitucionais. Essa problemática leva à perda da efetividade do sistema penal, visto que banaliza a punição, exclui do cidadão garantias fundamentais, além de superlotar o sistema processual e carcerário. A pesquisa, de cunho bibliográfico, intenta, via do método dedutivo, demonstrar a ineficácia da argumentação e dos instrumentos do Direito Penal Máximo, suscitando compreensão acerca da imperiosa necessidade de serem valorizados os postulados penais basilares e de se respeitar a ordem constitucional vigente no afã de se alcançar um Direito Penal equilibrado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Dignidade da Pessoa Humana; Intervenção Mínima; Constituição Federal.

ABSTRACT

This research has as central object conduct a study on the growing punitive demand and increase of legislative production in the criminal offenses area motivated by doctrinal currents and social factors that favor the exacerbation of sanctions as a more effective mean of combating crime. The aim is initially to analyze the movements of the called Maximum Criminal Law, which directly influence the culture of exasperation punishment, and called for the criminalization of an increasing number of behaviors and an increase of stipulated penalties, bringing the Criminal Law to first instance, thus losing its subsidiary nature. As a result of this practice there was been the phenomenon that has been named as Criminal Law hypertrophy, in which it acts beyond the protection of the most important legal interests, with the possible violation of human dignity and numerous criminal constitutional principles. This problem leads to the loss of penal system effectiveness, as trivializes punishment, excludes the citizen fundamental guarantees, as well as procedural and overcrowd the prison system. The research from bibliographic nature, intends, via the deductive method, demonstrating the ineffectiveness of the argument and the Maximum Criminal Law instruments, raising understanding of the urgent need to be valued the basic criminal postulates and to respect the current constitutional order in their eagerness to achieve a balanced Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal Law; Dignity of human person; Minimal Intervention; Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 Aspectos históricos e conceituais do direito penal.....	14
1.1 Considerações Iniciais.....	14
1.2 Era Primitiva.....	14
1.3 As Vinganças Penais.....	14
1.4 Grécia Antiga.....	16
1.5 O Direito Romano.....	16
1.6 Os Povos Germânicos.....	16
1.7 O Direito Canônico.....	17
1.8 Idade Média.....	17
1.9 Período Humanitário.....	18
1.10 Período Criminológico.....	19
1.11 A Escola Penal Clássica.....	20
1.12 A Escola Penal Positiva.....	21
1.13 As Escolas Mistas.....	23
1.14 A Escola da Nova Defesa Social.....	24
1.15 Breve Esboço da Evolução do Direito Penal no Brasil.....	25
1.15.1 A Reforma Penal de 1984.....	26
1.15.2 As Tendências Contemporâneas.....	27
2. A sociedade do medo e a hipertrofia das leis penais.....	31
2.1 Considerações Introdutórias.....	31
2.2 Medo e Direito Penal	31
2.3 Do Estado do Bem Estar Social ao Estado Penal.....	34
2.3.1 A influência dos meios de comunicação de massa e o Direito Penal Simbólico.....	35
2.3.2 O Direito Penal Máximo: Movimentos “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”	39
2.3.3 O Inimigo no Direito Penal.....	42
2.3.4 A Seletividade do Direito Penal.....	45
2.4 A Hipertrofia do Direito Penal.....	47
3. Os caminhos para o equilíbrio do direito penal.....	51
3.1 A Primazia da Dignidade da Pessoa Humana.....	51
3.2 A Intervenção Mínima.....	53
3.2.1 Critério de seleção dos bens jurídicos.....	53

3.2.2 O caráter subsidiário do Direito Penal.....	54
3.3 O Princípio da Lesividade.....	55
3.4 Princípio da Adequação Social.....	57
3.5 Princípio da Proporcionalidade.....	58
3.6 Notas Sobre o Garantismo Penal	61
3.7. Prevalência da função Social do Estado.....	62
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

O estudo a ser desenvolvido por este trabalho de conclusão de curso versará sobre os rumos do Direito Penal na contemporaneidade em face de diferentes demandas.

Nesta esteira, em seu primeiro capítulo a investigação apresentará a evolução histórica do Direito Penal, desde a Era Primitiva até os dias atuais, passando por todos os períodos que marcaram ou modificaram o Direito Penal. Compreender tal sequência ao longo dos anos é importante para que se tenha a dimensão adequada da trajetória percorrida pelo atual sistema penal.

O segundo capítulo se ocupará da lição acerca do Direito Penal Máximo e suas diferentes vertentes, com exposição sobre a conjuntura atual de uma sociedade movida pelo medo e insegurança, grandemente influenciada pela mídia, se torna um terreno fértil para edificação de pensamentos doutrinários punitivistas. É nesse contexto, que serão apresentados movimentos como o “Lei e Ordem”, “Tolerância Zero” e a teoria do Direito Penal do Inimigo que pregam a utilização do Direito Penal em primeira instância, para combater todo e qualquer delito, dessa forma acreditando-se estar lutando contra a criminalidade.

Ocorre que, conforme será explicitado, na maioria das vezes essa criminalidade é direcionada para determinada camada da sociedade, é a denominada seletividade de Direito Penal. As penitenciárias estão repletas de pobres, negros, prostitutas, o crime acaba tendo sua “clientela” habitual, enquanto os grandes criminosos, aqueles que com seus atos lesionam não só um indivíduo, mas a sociedade em geral, como num desvio de dinheiro público, por exemplo, estão impunes. São os crimes de colarinho branco, que tendo seus agentes inseridos numa camada da alta sociedade, acabam inatingíveis.

O ideal do Direito Penal Máximo em recorrer ao Direito Penal exhaustivamente leva a criação e modificação das leis penais, tornando cada vez mais amplo o leque de punições. Isso atrofia todo o sistema penal, visto que o traz da última para a primeira instância, aumentando as penalizações e seu público alvo, superlotando as penitenciárias e aumentando a impunidade, já que o Estado não tem estrutura para aumentar as prisões. Ao condenar demasiadamente qualquer tipo de delito, o Estado exclui suas responsabilidades de prover melhores condições de vida, saúde, educação, enfim, elementos básicos para a harmonia em sociedade, que, se fossem cumpridos, não levariam tantas pessoas à delinquência.

No terceiro capítulo buscar-se-á demonstrar que a inflação legislativa na esfera criminal e a atuação em *prima facie* do Direito Penal contrariam bruscamente os seus princípios basilares, ferindo a ordem constitucional vigente, com a ofensa frontal à Dignidade

da Pessoa Humana, desobedecendo, dentre outros preceitos, a Intervenção Mínima, a Lesividade, a Adequação Social e a Proporcionalidade, o que impede que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais necessários para a construção de uma sociedade mais harmônica e justa, no sentido ideal para a consecução de um Direito Penal equilibrado.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO DIREITO PENAL

1.1 Considerações Iniciais

O que hoje se entende por Direito Penal é resultado de uma construção ao longo dos séculos, passando por incontáveis modificações de acordo com a época, local, cultura, costumes. Com o passar dos anos os institutos foram evoluindo, e para melhor se compreender como o sistema penal funciona nos dias de hoje, é preciso passar por essa evolução histórica.

Os princípios, que servem de base para todo o ordenamento jurídico, foram se firmando com a evolução do Direito. Conhecer o caminho de lutas e discussões que foram travadas para se alcançar atualmente o status de norma fundamental é importante para se valorizar tais princípios e não regredir no tempo e no conhecimento.

1.2 Era Primitiva

De acordo com Mirabete (2012, p.15), a história do Direito Penal surgiu com o próprio homem, embora na fase primitiva não há que se falar em princípios penais. Como preceitua Greco (2015, p.16):

A história do Direito Penal, portanto, confunde-se com a própria história da humanidade. Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra o próprio grupo social. Essa punição não era originária de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça, e também com a finalidade de preservar o próprio corpo social.

Os grupos sociais dessa era viviam baseados num comando religioso, onde todos os fenômenos naturais maléficos eram interpretados como resultado de uma força divina, o denominado “totem”, conforme acentua Mirabete (2012, p.15). Com a finalidade de acalmar a ira dos deuses aos quais serviam, criaram-se várias proibições, e conseqüentemente a desobediência à elas acarretavam castigo. Remotamente, a pena significava uma vingança desproporcionada com a ofensa, sem considerar o que seria justo.

1.3 As Vinganças Penais

Os historiadores consideram várias fases de evolução penal, que não se sucedem de forma sistemática e integral, mas que foram se entrelaçando, de forma que uma nova fase não

exclui a outra, existiam concomitantemente, conforme destaca Greco (2015, p.16). A divisão utilizada pela doutrina é a de Magalhães Noronha, que distingue as fases de vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Na vingança privada, quando cometido um crime, ocorria uma reação não só contra o ofensor, mas também aos parentes e até seu grupo social ou tribo. Era uma vingança pura e simples, uma retribuição pelo mal praticado. No caso de um delito cometido por um indivíduo fora da tribo, ocorria uma “vingança de sangue”, que era considerada uma obrigação religiosa de fazer guerra ao grupo do ofensor, o que levava à eliminação completa de um dos grupos (Mirabete, 2012, p.16)

Com a evolução social e visando evitar o extermínio das tribos, surge a lei de Talião. Sobre tal fato destaca Rogério Greco (2015, p.17):

A Lei de Talião pode ser considerada um avanço em virtude do momento em que havia sido editada. Isso porque, mesmo que de forma insipiente, já trazia em si uma noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. O “olho por olho” e o “dente por dente” traduziam conceitos de Justiça, embora ainda atrelada a vingança privada[...].

A vingança divina consiste no Direito Penal religioso, teocrático, sacerdotal, já que a religião tinha uma influência crucial na vida dos povos antigos. Tinha por finalidade a purificação da alma do ofensor, por meio de castigos e penas severas, cruéis e desumanas, objetivando principalmente a intimidação.

Era o direito aplicado pelos sacerdotes, ou seja, aqueles que, supostamente, tinham um relacionamento direto com um deus [...]. As sociedades, nesse período, eram carregadas de misticismos e crenças sobrenaturais. Eventos da natureza, como chuvas, trovões, terremotos, vendavais, etc., podiam demonstrar a fúria dos deuses para com os homens e, para tanto, precisava ser aplacada, mediante o sacrifício humano. Alguém era apontado como culpado e, conseqüentemente, devia ser entregue aos deuses. (GRECO, 2015, p.18)

A vingança pública surge baseada na melhor organização social, visando a proteção do Estado e do soberano, impondo penas severas, cruéis e desumanas para intimidação geral do povo. Embora seja uma nova fase, ainda carrega muito misticismo religioso, já que a figura do soberano era escolhida pelos deuses.

Como as punições eram exacerbadas e ocorriam frequentes mutilações, o que com o tempo enfraquecia os grupos sociais, surgiu a necessidade de uma nova forma de retribuição e resolução dos conflitos, a composição. Nesse sistema o ofensor de livra da sua pena através da compra de sua liberdade, ou seja, sua punição passa a ser a entrega de seu dinheiro, animais, armas, utensílios. De acordo com Mirabete (2012, p.16), pode-se afirmar que a composição

deu origem, remotamente, às formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa no Direito Penal.

1.4 Grécia Antiga

Pode-se afirmar que na Grécia Antiga iniciou-se um novo momento histórico para o Direito Penal, no qual a pena deixou de se fundamentar religiosamente, passando a ter uma base moral e civil. A evolução mais crucial foi no tocante à responsabilidade,

que durante o transcurso de vários séculos passou de sua índole coletiva, do “genos”, à individual. Certo que, inclusive nas épocas mais antigas, o direito grego somente castigou o autor, quando se tratava de delitos comuns. Mas, no tocante às ofensas de caráter religioso e político, existiram durante longos períodos sanções de caráter coletivo. Os traidores e os tiranos eram mortos e com eles toda sua família [...]. MAGGIORE, Giuseppe (1972) apud GRECO (2015, p.19)

Portanto, mesmo com a verificação de que as fases ocorreram interligadas entre si, houve evolução benéfica.

1.5 O Direito Romano

É um dos marcos mais importantes na história do Direito, “contribuiu o Direito Romano decisivamente para a evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, culpa (leve e *lata*), dolo (*bonus e malus*), imputabilidade, coerção irresistível agravantes, atenuantes, legítima defesa, etc” (Mirabete, 2012, p.17)

Os romanos separaram o Direito da Religião, dividiram os crimes em públicos e privados. Os públicos eram aqueles que atentavam contra o Estado e os assassinatos, os demais crimes eram considerados privados, por serem ofensas aos indivíduos, como furto, dano, injúrias, infrações consideradas menos graves. O julgamento dos crimes públicos eram realizados pelos Estado, através do magistrado, com a penalidade de pena de morte. Já nos privados o próprio ofendido julgava, o Estado só interferia para regular, conforme ensina Cezar Roberto Bittencourt (1999 apud Greco, 2015, p.20)

1.6 Os Povos Germânicos

No Direito Penal germânico não existiam leis escritas, as normas eram constituídas pelo costume. Resolvia-se os problemas através da vingança, onde o ofensor era posto pra

fora da proteção jurídica, ficando à mercê de qualquer pessoa. Vigorava-se as “órdalias” e os “juízos de Deus”, que eram tratadas como provas judiciárias pra determinar a culpa ou a inocência dos acusados. (Greco, 2015, p.21)

Além disso, era “ditado por características acentuadamente de vingança privada, estava ele sujeito à reação indiscriminada e à composição. Só muito mais tarde foi aplicado o talião por influência do Direito Romano e do cristianismo” (Mirabete, 2012, p.17).

1.7 O Direito Canônico

Entre os períodos de incidência do Direito Romano e Germânico e o Direito moderno vigorou o Direito Penal da Igreja, sob a égide do cristianismo na legislação penal. A Igreja contribuiu beneficentemente para o que se convencionou nomear de humanização do Direito Penal, mesmo levando-se em consideração que seu objetivo político fosse manter o predomínio do Papado e os seus interesses religiosos de dominação. (Mirabete, 2012, p.18)

No entanto, a pena de morte, em contradição a princípios humanitários, pouco conhecidos ou difundidos à época, era algo previsto e bastante aplicável.

Em clara confirmação desta importante contribuição e também informando a contradição entre a humanização e a pena capital, Mirabete aponta que:

Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordalias e os duelos judiciários. Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição. A jurisdição penal eclesiástica, entretanto, era infensa à pena de morte, entregando-se o condenado ao poder civil para a execução. (2012, p.18)

Como afirma Bitencourt (2004, p.34) o Direito Canônico muito contribuiu e influenciou na concepção de prisão moderna, assim como seus ideais de fraternidade, redenção e caridade ultrapassaram o espaço da igreja chegando ao direito punitivo, visando reabilitar o delinquente. Nesse sentido, as conquistas dos canônicos solidificaram-se cruciais para o Direito.

1.8 Idade Média

O período medieval misturou as influências do Direito Romano, Canônico e Bárbaro. Dentre seus objetivos, visava à intimidação dos sujeitos, executando as penalidades de formas

cruéis. Como bem explica Mirabete (2012, p. 18), neste período as sanções penais levavam em conta a condição social e política do réu.

Ainda segundo Mirabete (2012, p.18), as características penais mais marcantes deste momento foram a prática corriqueira da pena de morte por afogamento, soterramento, enforcamento e na fogueira, assim como o confisco, mutilações, torturas e as penas infamantes. Todo esse arbítrio judiciário criou uma impressão de insegurança e terror em torno da justiça penal.

1.9 Período Humanitário

Nas lições de Greco (2015, p. 23), até o período iluminista as penas tinham função aflitiva, recaiam sobre o corpo do homem, que pagava pelo mal praticado. A partir do século XVIII paulatinamente as penas corporais foram sendo substituídas pelas privativas de liberdade, porém naquele período elas funcionavam como uma medida cautelar, tendo como finalidade que o condenado aguardasse, preso, a aplicação de sua pena corporal.

Na linha histórica, destacando a virada do século XVIII e principalmente após a Revolução Francesa, em 1789, a pena privativa de liberdade começou ganhar maior espaço por conta do princípio da dignidade da pessoa humana que estava começando a ser discutido. É nesse momento que se toma consciência crítica sobre a matéria penal como um problema filosófico e jurídico, temas como o fundamento do direito de punir e a legitimidade das partes começam a ser estudados.

Nesta linha de pensamento Rogério Greco (2015, p. 24) expõe que:

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

Com o raciocínio jusnaturalista, passou-se a reconhecer os direitos intrínsecos ao ser humano, que não podem ser esquecidos, assim como sua dignidade e o direito de ser tratado igualmente perante as leis. As penas totalmente desproporcionais passaram a ser medidas conforme a gravidade do comportamento da conduta, e para ser aplicada era preciso ser proibida anteriormente à prática, ou seja, era a adoção do princípio da anterioridade da lei, conforme explica Greco (2015, p.24).

O ano de 1764 foi marcante para a história do Direito Penal. Publicou-se um livro que se tornou o símbolo da reação liberal, que traduzia as ideias dos iluministas da época. *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, ou Cesare Beccaria, veio para demonstrar a necessidade de reformas das leis penais, propondo um novo fundamento à justiça penal. As ideias de Beccaria traduziam o sentimento do povo, que estava cansado de ser oprimido e das atrocidades cometidas pelos governantes cruéis, corruptos e sem legitimidade.(Greco, 2015, p.26)

Mirabete (2012, p. 18 e 19) destaca alguns princípios básicos pregados na obra de Beccaria, que se firmou como postulados do Direito Penal e foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa: só se pode aplicar pena sobre os direitos já cedidos pelo cidadão, portanto, pena de morte e sanções cruéis não podem ser aplicadas; só as leis fixam as penas (princípio da legalidade), o juiz não pode interpretar arbitrariamente; o povo deve conhecer as leis, que precisam ser claras para ser compreendidas; a prisão preventiva só se justifica com prova do crime; todas as provas devem ser admitidas em Juízo; penas de confisco que atingem herdeiros ou sobre a família do criminoso não são admitidas; não se permite testemunho secreto, tortura e juízos de Deus no interrogatório; a pena deve ter função social e visar recuperar o delinquente.

As lições de Beccaria mudaram a forma de tratar o ser humano, que foi visto como portador de um direito inato, sua dignidade. A maior influência desse autor foi ter a audácia de tornar público esses princípios, que já tinham sido discutidos pelos revolucionários franceses, já que contrariavam os interesses dos detentores de poder da época, conforme destaca Regério Greco (2015, p.28)

É importante ressaltar que a obra teve duras refutações e censuras, visto que “os governos despreocupados com a população, somente têm os olhos voltados para a punição, para a criação de tipos penais cujo valor não ultrapassa o mero simbolismo”. (GRECO, Rogério, 2015, p. 27). Beccaria, portanto, firmou-se como um dos grandes pensadores iluministas, e suas lições continuam atuais, já que até hoje, mesmo o Estado não sendo despótico, trata seus presos com indignidade.

1.10 Período Criminológico

Após o período humanitário, com mais intensidade no século XIX, surgiu o período criminológico, também conhecido como período científico, onde as teses positivistas, sobretudo as que defendiam teorias deterministas e evolucionistas prosperaram.

Sobre este momento, Rogério Greco (2015, p.39) leciona:

[...] uma ciência interdisciplinária que tem como objeto o estudo do comportamento delitivo e a reação social. Interdisciplinária porque, embora sugestivo o seu título – criminologia – não somente as ciências penais se ocupam do seu estudo, sendo este, inclusive, mais aprofundado em outras áreas, a exemplo da sociologia, da psicologia, da psiquiatria, da antropologia, da medicina forense, dentre outras.

O papel do criminólogo não se limita ao comportamento delitivo em si, vai além, procurando descobrir sua gênese, em busca das causas do crime. Buscou-se estudar o delinquente e a explicação causal do delito. (Greco, 2015, p.39)

O pioneiro nesse assunto foi o médico César Lombroso, que em 1875 escreveu um livro sobre o tema – *L'uomo Delinquente*. Ele considerava que o crime era uma manifestação da personalidade humana, seu foco principal era considerar o delito como fenômeno biológico e utilizava o método experimental para comprovar suas teses. Foi o criador da Antropologia criminal. (Greco, 2015, p.40)

Ainda nos ensinamentos de Greco (2015, p.40), o estudo do criminólogo não tem como alvo o ato criminoso, mas visa mergulhar no seu meio social, no seu histórico de vida, oportunidades concedidas, enfim, no passado do agente, que refletirá diretamente no seu comportamento considerado criminoso.

1.11 A Escola Penal Clássica

Os ideais do Iluminismo deixados por Beccaria influenciaram vários outros autores a escreverem outras obras, as quais foram reunidas sob a denominação de Escola Clássica (Mirabete, 2012, p.19)

Neste período:

Não houve propriamente um grupo de filósofos do direito (jusfilósofos) ou juristas estudiosos do Direito Penal (juspenalistas), que se tenham autodesignado membros de uma Escola Clássica [...]. O fato é que, após o surgimento da Escola Positiva, todos aqueles que não participavam das ideias positivistas, passaram a ser conhecidos como “clássicos”, integrando a Escola Clássica. (FEU ROSA, 1995, p.114).

De forma pejorativa, no sentido de ultrapassada, os positivistas denominaram-na de Escola Clássica, porém seus ideais podem ser considerados como fundamentos basilares dos sistemas penais modernos. Com o seu surgimento no início do século XVIII, vários princípios ganharam vida, por exemplo o da necessidade e suficiência da pena, proporcionalidade,

utilidade, *in dubio pro reo*, publicidade, culpabilidade, etc., tendo como mais importante, não só para o Direito, mas para toda a história da humanidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, com a pena evoluindo da aflagrante para a privativa de liberdade como principal (Greco, 2015, p.49).

Feu Rosa dá ênfase a alguns fundamentos que os clássicos apresentaram no Direito Penal (1995, p. 116, 117):

Considerava o livre arbítrio o eixo em torno do qual girava todo o sistema punitivo. Possuindo a capacidade de discernimento, que lhe foi dada por Deus, desde o nascimento, o homem sabe distinguir entre o bem e o mal, e faz suas opções [...]. A concepção clássica mostra-se eminentemente racionalista, lógica e dogmática, partindo do livre arbítrio para a responsabilidade moral, e daí, para a responsabilidade penal [...]. Considerava o crime um ente jurídico, quer dizer, uma criação da Lei, do direito, para ordenar a sociedade de acordo com seus objetivos e finalidades [...]. Considerava a pena, instrumento de defesa do direito e de defesa social. Para o classicismo, a pena é o conteúdo necessário do Direito, não se podendo compreender Direito sem um dispositivo punitivo, que pode ser designado de “sanção”, “cláusula cominatória”, “multa” ou por qualquer outro nome, nos demais ramos da Ciência Jurídica, e, finalmente, pena, no Direito Penal.

Bittencourt (1999 apud Greco 2015, p. 50) afirma que a Escola Clássica se dividiu em dois períodos, o teórico-filosófico, influenciado pelo Iluminismo, iniciado por Beccaria, Romagnosi e Carmignani, e o período ético-jurídico, onde se acentuou a exigência ética da sanção penal, representado por Pelegrino Rossi, Francesco Carrara e Enrique Pessina. Entretanto, indiscutivelmente os maiores expoentes clássicos foram Beccaria e Carrara, sendo este último o criador da dogmática penal.

Todos os doutrinadores clássicos utilizavam-se do método racionalista, abstrato e dedutivo, concentrando-se num direito ideal, originário da análise do direito natural, revelado pela razão. Essa Escola surgiu com a filosofia do Iluminismo e se atrelou com os ideais do liberalismo político.

Nos dizeres de Feu Rosa (1995, p.118):

Na metade do século XIX já o mundo fervilhava com os movimentos proletários, desencadeados principalmente a partir da propagação das ideias de Marx e Engels. Em 1848 foi lançado o “Manifesto Comunista” [...]. Essa dogmática situação não poderia ser enfrentada apenas pela via repressiva, e gerou o trânsito de um Estado liberal abstencionista, para um Estado social intervencionista. Impunha-se um novo tipo de Direito Penal, para os novos tempos. Foi daí que surgiu a chamada “luta das Escolas”, que empolgou o mundo jurídico da época, isto é, final do século XIX a princípios do século XX.

Destarte, embora tenha um mérito inegável e de suma importância, a escola Clássica começa a receber várias críticas, visto que a justiça varia de acordo com as civilizações, seus estados sociais e evolução mental do homem como bem destacou Feu Rosa

acima, o que abriu caminho para outras correntes e escolas, conforme será demonstrado nas linhas a seguir.

1.12 A Escola Penal Positiva

Foi o médico Cesare Lombroso, já mencionado neste trabalho por sua obra importante ao período criminológico, o pioneiro em se preocupar com o criminoso como homem, ser humano, investigando seu corpo e psíquico (Feu Rosa, 1995, p.118).

Seus estudos experimentais ressaltaram que os distúrbios neurológicos e psíquicos afetam diretamente a personalidade da pessoa, alterando sua noção dos fatos de forma passageira ou duradoura. Observou que os criminosos em geral tinham características morfológicas e psíquicas parecidas. Imaginou ter encontrado no criminoso uma variedade do homo sapiens, caracterizada por seus sinais físicos e psíquicos, e que o criminoso nato tinha um regresso atávico, com características próprias dos primitivos (Greco, 2015, p.53-54).

Suas conclusões científicas levaram ao surgimento da Antropologia Criminal, e suas investigações em torno do crime, suas causas, do criminoso e sua personalidade propiciaram, dentre outros avanços, o surgimento da Criminologia, já estudado anteriormente.

Prosseguindo no caminho de Lombroso veio Enrico Ferri, com sua obra “Sociologia Criminal”, agregando às teses de Lombroso fatores sociais, econômicos e políticos. Ele procurou demonstrar que o crime é um fenômeno individual e social. Nesse mesmo sentido segue-se Rafael Garofalo, que em sua obra “Criminologia” consolida novas ideias. São esses três pensadores que formaram o núcleo do Positivismo. (Feu Rosa, 1995, p.119-120)

Sobre os princípios básicos da Escola Positiva cabe recorrer aos ensinamentos de Heleno Fragoso (1961), citado por Greco (2015, p.55) para quem:

O crime é fenômeno natural e social, estando sujeito às influências do meio e aos múltiplos fatores que atuam sobre o comportamento. Exige, portanto, o método experimental ou o método positivo para explicação de suas causas; a responsabilidade penal é responsabilidade social (resultado do simples fato de viver o homem em sociedade), tendo por base a periculosidade do agente; a pena é exclusivamente medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização, nos casos irrecuperáveis; o criminoso é sempre psicologicamente um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando também muitas vezes defeitos físicos; os criminosos podem ser classificados em tipos (ocasionais, habituais, natos, passionais e enfermos de mente).

Para finalizar sobre as contribuições dessa Escola, ensina Feu Rosa (1995, p.121):

O positivismo apresentou verdadeira revolução no Direito Penal. A “Nova Escola”, como ficou sendo chamada, até hoje exerce influência decisiva na legislação de

todos os povos cultos do mundo. Surgiu do enfraquecimento e da decadência das concepções liberais vigentes no período clássico, até à segunda metade do século passado. Passou a haver uma preocupação para com o fenômeno social, que, como é natural, não poderia deixar de repercutir no Direito Penal. Passou-se a dar ênfase à defesa da sociedade, colocando-se em segundo plano os interesses individuais. Criou-se um Estado intervencionista e absorvente[...].

Grifa-se do exposto neste tópico que a partir do pensamento positivista, passa a ser importante entender não só o crime isolado, mas todo o contexto ao qual ele pertence, para que dessa forma melhor possa se aplicar a penalidade. Essa escola buscou resgatar esse histórico do criminoso para que assim compreendesse melhor seus atos e a forma ideal de punição ou recuperação.

1.13 As Escolas Mistas

Com o impacto entre as duas Escolas apresentadas acima, e seus ideais antagônicos, surgiram a “Terceira Escola”, a “Escola Sociológica” Alemã e Francesa e a “Escola Técnico-jurídica”, sendo essas as de maior destaque; outras também surgiram, porém menos importantes. As escolas ecléticas aproveitaram elementos de uma escola e de outra, distanciando-se de ideias radicais, tendo em comum a negação do princípio do livre arbítrio (dos clássicos), e defendiam a necessidade de penas e medidas de segurança.

Nos dizeres de Feu Rosa (1995, p. 124) a Terceira Escola quis conciliar o método racionalista e abstrato dos clássicos. Seus maiores expoentes foram Manoel Carnevale e Bernardino Alimena. Este último definiu assim sua função, “a nós corresponde a tarefa de integrar a exigência jurídica com a exigência psicológica e sociológica”. Para o autor, esta escola buscou ainda proclamar a responsabilidade moral e o fim utilitário das penas. Todos seus integrantes defendiam a união dos pontos mais importantes do classicismo e do positivismo.

A chamada Escola Sociológica também foi outra tendência eclética importante:

Repeliu alguns postulados do positivismo que, que considerou exagerados, como a criação do homem criminoso, ou seja, do “tipo criminoso”. Aceitava, entretanto, a natureza biológica do crime, considerando-o resultado de condições endógenas, isto é, produto da personalidade do delinquente, e das condições exógenas – influências de caráter social, destacando-se as de origem econômica. (FEU ROSA, 1995, p.124)

Nem a Escola Clássica nem a Escola Positiva chegaram aos dias atuais. Suas ideias e princípios prevalecem sim até hoje, no entanto, somente por meio da inserção de seus pensamentos nas inúmeras Escolas Mistas, conforme Feu Rosa (1995, p.125).

Em meio a esse contexto de fusões, surgiu outra corrente chamando atenção para o fato de que, entre tantos debates teóricos, o Direito Positivo - norma escrita, estava ficando de lado, e que ela sim deveria ser o alvo das preocupações penalistas, foi a introdução da Escola Técnico-jurídica.

Essa escola teve como destaque Vincenzo Manzini e Arturo Rocco, defendendo ferrenhamente o método jurídico, deixando em segundo plano discussões filosóficas e doutrinária (Feu Rosa, 1995, p.125).O lançamento desses ideais deu-se com o discurso de Arturo Rocco, pronunciado numa Universidade da Itália, no início de 1910. Cabe transcrever parte de sua defesa:

[...]Em sua perspectiva, o estudo do Direito penal deve se concentrar no direito positivo vigente como único que a experiência indica para formar o objeto de uma ciência jurídica. O trabalho intelectual do penalista deve se voltar para a interpretação do texto vigente, ordenando a matéria em um plano de sistema e detectando os princípios jurídicos resultantes em forma de dogmas.[...] (DOTTI, 1999, p. 159, apud GRECO, 2015, p. 57)

Salienta-se que o tecnicismo jurídico além de uma Escola é uma orientação, que leva ao estudo sistemático do direito penal.

1.14 A Escola da Nova Defesa Social

Esta Escola surgiu após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, depois de tantas atrocidades e horrores cometidos pelos nazistas. O repúdio a tais atos reacendeu uma forte reação humanista e humanitária. Seu mentor foi o jurista italiano Filippo Gramatica. (Greco, 2015, p.58).

Acerca deste novo momento, pode-se afirmar com clareza que:

[...] o nazismo esgarçou, como nenhum outro, a garantia da legalidade, abriu vasto campo às analogias e estendeu a lei penal aos mais desprezíveis objetivos políticos. Aprofundou, na prática, o conceito do perigo social como paradigma para a punição e abusou do sentimento coletivo em um processo moldado no populismo penal. Demonstrou, enfim, o tamanho do estrago quando o poder punitivo abre mão de seus limites, (SEMER, 2014, p.12).

É por isto que o objetivo da denominada Defesa Social consistia na ação do Estado em garantir uma ordem social através de meios que se afastassem do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes.

Depois de tanto sofrer com as repressões da guerra, o que se buscava era novas perspectivas promissoras. Dessa forma, o movimento introduzido por Gramatica se tornou uma esperança com suas modernas concepções. O direito penal, antes sufocado pelo tecnicismo jurídico e pelo nazifacismo, tomava novas proporções, agora voltado para o futuro,

voltando a ser uma ciência que se comunica com outras ciências e, principalmente, preocupando-se com o ser humano (Lins e Silva, 1991, p.14-15 apud Greco, 2015, p.58-59).

Dando continuidade aos ensinamentos de Gramatica e limitando seus exageros, veio Marc Ancel que, nas palavras de Lins Silva (1991) apud Greco (2015, p.59):

[...] Implantou as bases do verdadeiro movimento de defesa social: uma confiança no destino do homem, uma proteção do ser humano, uma reação contra a repressão cega, uma preocupação de humanizar as instituições penais e de assegurar a recuperação social daquele que se tenha desviado para a delinquência: estas são as primeiras afirmações da defesa social, no momento em que ela toma verdadeiramente consciência de si mesma.

Como acentua Mirabete (2012, p.22) a Nova Defesa Social surgiu reagindo ao positivismo jurídico, o qual reduzia o Direito apenas ao estudo da lei vigente. Os penalistas passaram a se preocupar com a pessoa do condenado sob um olhar humanista. Entendiam também que a sociedade só é defendida na medida em que proporciona ao condenado sua readaptação no convívio social.

Cabe ainda destacar que após a Segunda Guerra Mundial criou-se também a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o fim de estabelecer valores universais e evitar catástrofes e destruições em massa, como ocorrera nas Guerras. Ambos acontecimentos foram cruciais para a dignificação da pessoa humana e um avanço para o Direito de modo geral.

Uma nova onda de reconstrução democrática nasce no pós-guerra dos países europeus – e vai chegar a América Latina, em retardo, com o fim das ditaduras locais. A repulsa à barbárie nazista é o ponto de partida de uma nova imersão nos direitos humanos, que se expressa com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e se espalha em formas diversas de um novo constitucionalismo. (SEMER, 2014, p.15).

A respeito desta mudança de cenário, Cogo (2011, p. 38) explana que:

[...] os indivíduos passaram a ser vistos como sujeitos de direitos nas relações que mantinham com seus Estados. A situação que se impunha era nova, uma vez que retirava dos “Leviatãs” a prerrogativa da exclusividade no campo dos direitos, reconhecendo-os também aos seus concidadãos. (2011, p. 38)

Nota-se, portanto, através da Escola da Nova Defesa Social, uma forma diferenciada de se pensar o Direito Penal, tomando por fulcro o princípio da primazia dos direitos humanos.

1.15 Breve Esboço da Evolução do Direito Penal no Brasil

Quando iniciou-se o período colonial do Brasil, os ideais penais dos indígenas que aqui habitavam estavam ligados ao direito costumeiro, presentes a vingança privada, a vingança coletiva e o Talião. Estiveram em vigor durante a colonização as Ordenações Afonsinas (até 1512), Manuelinas (até 1569), o Código de D. Sebastião (até 1603), e então as Ordenações Filipinas, que eram o reflexo do direito penal medieval. A visão do crime era confundido com o pecado e a ofensa moral, eram crimes a blasfêmia, relação sexual de cristãos com infiel, etc., as penas eram severas e cruéis, punindo-se severamente. (Mirabete, 2012, p.23)

Após a proclamação da independência, em 1830 sancionou-se o Código Criminal do Império, o qual fixava esboços de individualização da pena, previa atenuantes e agravantes e estabeleceu julgamento especial para menores de 14 anos. Com o advento da proclamação da República, foi editado em 1890 um novo estatuto básico, denominado Código Penal. Nele aboliu-se a pena de morte, estipulou o regime penitenciário de caráter correccional, que foi um avanço na legislação penal, como ensina Mirabete (2012, p.23). Porém esse Código foi muito mal sistematizado, com graves defeitos técnicos, atrasado em relação à ciência de seu tempo, o que levou a novos estudos e a sua modificação várias vezes, até ser substituído (Bitencourt, 2004, p.49).

Foi durante o período do Estado Novo que Alcântara Machado apresentou para uma Comissão Revisora um projeto de código criminal brasileiro, que foi sancionado em 1940 como Código Penal, vigorou a partir de 1942 até os dias atuais, conforme ensina Bitencourt (2004, p.49).

Nesse sentido preceitua Mirabete (2012, p.24):

Em 1º-1-1942, porém, entrou em vigor o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7-12-1940), que ainda é nossa legislação penal fundamental. Teve o código origem em projeto de Alcântara Machado, submetido ao trabalho de uma comissão revisora composta de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira. É uma legislação eclética, em que aceitam os postulados das escolas Clássica e Positiva, aproveitando-se, em regra geral, o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal, em especial nos códigos italiano e suíço. Seus princípios básicos, conforme assinala Costa Júnior, são: a adoção do dualismo culpabilidade-pena e periculosidade-medida de segurança; a consideração a respeito da personalidade do criminoso; a aceitação excepcional da responsabilidade objetiva.

Desde 1940 ocorreram várias reformas que modificaram nosso então vigente Código Penal. Bitencourt (2004, p.49) dá destaque particular para duas leis, a Lei n. 6.416/1977, que atualizou as sanções penais, e a Lei n. 7.209/1984 que instituiu uma nova parte geral, que será melhor estudada no próximo tópico.

1.15.1 A Reforma Penal de 1984

Em 1980, através de uma Portaria expedida pelo Chefe de Executivo, criou-se uma comissão para elaborar um anteprojeto de lei de reforma da parte Geral do Código Penal de 1940. Foi presidida por Francisco de Assis Toledo e constituída por Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, renê Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Helio Fonseca, conforme expõe Mirabete (2012, p.24).

As principais inovações foram:

A reformulação do instituto de erro, adotando-se a distinção entre erro de tipo e erro de proibição como excludente de culpabilidade; a norma especial referente aos crimes qualificados pelo resultado para excluir-se a responsabilidade objetiva; a reformulação do capítulo referente ao concurso de agentes para resolver o problema do desvio subjetivo entre os participantes do crime; a extinção da divisão entre penas principais e acessórias e a criação das penas alternativas (restritivas de direito) para os crimes de menor gravidade; a criação da chamada multa reparatória; o abandono do sistema duplo-binário das medidas de segurança e a exclusão da presunção de periculosidade. (MIRABETE, 2012, p.24)

Tal projeto foi encaminhado ao Congresso e aprovado sem qualquer modificação, transformando-se na Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, passando a vigorar seis meses após a data da publicação.

A respeito da reforma penal de 1984, destaca Bitencourt (2004, p.49-50):

A Lei n. 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o festejado sistema dias-multa. No entanto, embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infraestrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal – penas alternativas –, de há muito consagrada nos países europeus. A falta de estrutura do sistema, de certa forma, empobreceu a criatividade dos Judiciários – estaduais e federal – na busca de solução de meios adequados para operacionalizar a aplicação, pelo menos, da prestação de serviço à comunidade, nos limites da reserva legal [...].

É importante ressaltar que para as penas alternativas darem certo é preciso que se vinculem a um orçamento e a uma infraestrutura adequada, caso contrário tal instituto se torna apenas mais um ente previsto em lei que não se aplica na prática e, além disso, incentiva ainda mais a impunidade, aumentando a insegurança social, como afirma Bitencourt (2004, p.50).

Sobre as influências que levaram à elaboração da reforma, ensina Mirabete (2012, p.25):

A nova lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar novas medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento de seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal.

Mirabete faz também uma crítica à Reforma. Segundo o autor, com o constante aumento da violência urbana e da criminalidade, gerou-se uma insegurança na sociedade que não encontrou respaldo na nova lei. Nela não se assegurou conciliar a defesa dos interesses sociais com a preservação dos direitos e garantias individuais (2012, p.25).

1.15.2 As Tendências Contemporâneas

Do exposto nas linhas anteriores é possível a compreensão de que a construção de um sistema penal bem elaborado, com aplicabilidade efetiva de suas leis e que considere as condições e contextos do crime, do criminoso e da sociedade é um processo lento, que passou e ainda passará por várias etapas na tentativa de se consolidar o melhor modelo possível.

Não existe uma fórmula perfeita, e, mesmo ao se intitular democrático, o Brasil cometeu equívocos em sua jornada em prol deste modelo equilibrado.

Nesta direção, a lição de Bitencourt acerca da evolução do paradigma do Direito Penal brasileiro é emblemática ao sintetizar que:

Finalmente, depois de alguns anos de uma política criminal do terror, patrocinada pelo liberal Congresso Nacional, sob o império da democrática Constituição de 1988, com a criação de crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), criminalidade organizada (Lei n. 9.034/95) e crimes de especial gravidade, veio a lume a Lei n. 9099/95, que disciplinou os Juizados Especiais Criminais, recepcionando a transação penal, destacando a composição cível, com efeitos penais, além de instituir a suspensão condicional do processo. (2004, p.50)

Sobre as leis posteriores à reforma e as atuais tendências do legislador, melhor ensina Mirabete (2012, p.25-26):

A preocupação com a adaptação da legislação penal aos nossos tempos tem ensejado várias alterações no Código Penal. Após a reforma de 1984, 11 diplomas modificaram 18 artigos na Parte Geral e, desde o início da vigência do Código, 46 leis promoveram, na Parte Especial. A alteração de 64 artigos, a revogação de 24 outros e a inclusão de 25 novos artigos. Essas alterações, bem como a edição de elevado número de leis extravagantes nas duas últimas décadas, refletem as principais tendências do legislador pátrio.

Mirabete (2012, p.26-27) destacou as principais tendências e as situou no ordenamento, cabendo aqui citá-las:

Evitar a aplicação de penas privativas de curta duração nos delitos de menos gravidade, sobretudo quando atribuídos a réus primários [...]; criação de novas penas restritivas de direito e a ampliação das hipóteses de cabimento da substituição da pena privativa de liberdade (arts.43 a 47, alterados pela Lei nº 9.714, de 25-11-1998 [...]). Maior rigor na punição dos crimes mais graves. Essa preocupação do legislador, que se externou principalmente na edição da Lei dos Crimes Hediondos [...] e a vedação ou imposição de maiores restrições à concessão de benefícios legais nesses casos como a fiança, a liberdade provisória, o indulto, a progressão de regime, o livramento condicional etc. [...]. Mais severa repressão à criminalidade organizada [...]. Adaptação da legislação penal às mudanças ocorridas no meio

social [...], o reconhecimento da maior relevância de bens jurídicos a merecerem especial tutela penal, como, por exemplo, o meio ambiente (Lei nº 9.605, de 12-2-1998), os direitos do consumidor (arts. 61 a 80 da Lei nº 8.078, de 11-9-1990), a proteção da criança e do adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-1990) e a segurança no trânsito (arts. 291 a 312 da Lei nº 9.503, de 23-9-1997) [...]; as transformações havidas nos costumes, que conduziram, por exemplo, à descriminalização do adultério, da sedução e do rapto consensual (revogação dos arts. 217, 219 a 222, e 240 do CP) à tipificação do assédio sexual (art. 216-A), à descrição de novos tipos penais tutelando a “dignidade sexual” (Lei nº 12.015, de 7-8-2009), à previsão do estupro contra vítima do sexo masculino (art. 213), etc. Adaptação da legislação pátria aos acordos internacionais firmados pelo Brasil. Nas duas últimas décadas diversos tratados e convenções internacionais em matéria penal e processual penal firmados pelo país foram promulgados e seus textos, publicados, passaram a integrar o Ordenamento interno. Por força dos compromissos assumidos nessas convenções, também foram editadas leis penais disciplinando as matérias nelas tratadas. Esses acordos versam sobre princípios e regras gerais garantidoras de direitos fundamentais, a repressão a determinados ilícitos que violam intensamente direitos fundamentais da pessoa humana e que frequentemente assumem um caráter transnacional e sobre a colaboração entre países em investigações, processos e procedimentos em matéria penal, processual e de execução penal.

Expõe-se com o apoio de Mirabete (2012, p. 28), que muito embora aconteçam reformas e modificações significativas em todo ordenamento de matéria penal nas duas últimas décadas, a sociedade brasileira ainda convive com elevadas taxas de criminalidade. E, por tal motivo o aperfeiçoamento em todo o quadro legislativo deve ser contínuo, pois nunca será um perfeito garantidor do respeito às leis, bem como a aplicação de sanções mais severas também não previne que se cometam novas infrações penais. Outros fatores também são cruciais, como o reduzido percentual de infrações que são investigadas, a falta de celeridade nesses julgamentos e o sistema prisional extremamente deficiente que levam à falha da missão de se assegurar a efetividade da lei penal. Além do que, muitas vezes, algumas alterações legislativas em nada contribuem, representando um retrocesso em matéria penal.

Ainda sobre as dificuldades enfrentadas, o autor menciona que:

[...] a quase absoluta ausência de informações e de dados sistematizados e disponibilizados que possibilitaram a identificação de fatores de criminalidade em áreas específicas e que poderiam subsidiar a formulação de políticas públicas voltadas à prevenção de infrações penais alia-se, frequentemente, à falta de vontade pública dos governantes e à incapacidade estrutural revelada pela Administração Pública no planejamento e execução de políticas dessa natureza. (MIRABETE, 2012, p.28)

Diante de todo o revelado corrobora-se o pensamento de que é preciso fomentar o estudo adequado da problemática que envolve o fenômeno do crime e suas conseqüências jurídicas e sociais em um esforço para que, na prática, a legislação penal possa ser efetivada de maneira mais justa, rápida e alcançando todas as camadas sociais, com o respeito dos direitos e garantias dos cidadãos, sem que sejam violadas conquistas obtidas na seara da proteção dos direitos humanos.

Neste sentido, o segundo capítulo desta pesquisa se dedicará a expor questões relacionadas ao direito penal hodierno, apresentando para fins de debate acadêmico teorias e concepções que vem sendo utilizadas como soluções possíveis de combate e erradicação ao crime e ao criminoso.

2. A SOCIEDADE DO MEDO E A HIPERTROFIA DAS LEIS PENAIS

2.1 Considerações Introdutórias

Antes de realizar qualquer exame acerca das transformações sofridas pelo direito, torna-se cogente a compreensão de sua função enquanto ciência social, unido intimamente à forma de estruturação e organização da sociedade. Nesta direção, qualquer tipo de estudo do direito realizado sem que se leve a termo o seio social no qual ele se insere pode se tornar algo inconsistente, com resultados que não tenham ligação com a realidade. No que concerne mais detidamente ao direito penal, um mecanismo estatal de controle com consequências severas, a análise do meio deve se revestir de todo o cuidado para que não se cometam equívocos.

Ante o exposto, o capítulo em tela terá como objeto de análise as transformações sociais que alteraram muitos dos paradigmas do direito penal nas últimas décadas, gerando o que se convencionou nomear de “sociedade do medo”, terreno bastante fértil para a edificação de teorias punitivistas, pautadas no ideário de um direito penal puramente repressivo.

2.2 Medo e Direito Penal

O medo tem papel incentivador no processo de expansão do direito penal. Diante de um mundo tão globalizado, a contemporaneidade teve como consequência o surgimento da “sociedade de risco”, pautada em um crescente e generalizado sentimento de insegurança ocasionado por conta da imprevisibilidade e superficialidade das relações sociais.

A formação deste modelo dá-se a partir da modernização trazida pela sociedade industrial, ensejadora de uma nova figura social: a sociedade de risco. De acordo com Beck (1998 apud Wermuth, 2011, p.26), passa-se da lógica de distribuição de riquezas, característica da sociedade industrial clássica, para a lógica de distribuição de riscos:

A sociedade de risco foi impulsionada pela riqueza e pelo crescimento econômico aliados ao desenvolvimento técnico-científico, os quais acabaram por se tornar responsáveis pelos perigos e ameaças que a caracterizam, de forma que não é a crise do capitalismo, mas sim as suas vitórias as responsáveis por essa nova forma social.

Os riscos da modernidade contam como componente o futuro, ou seja, está relacionado com previsões de catástrofes e destruições que ainda não ocorreram, mas se mostram iminentes (Wermuth, 2011, p.27).

Além desses riscos, que podem ser computados conforme se aproximam espacial e temporalmente dos atores, há também as incertezas, visto que atualmente os efeitos das ações se propagam de forma rápida e incontrolada, fugindo das probabilidades, o que causa um sentimento de vulnerabilidade (Bauman, 2008 apud Wermuth, 2011, p.28). Essas incertezas

seriam os riscos não calculáveis, e o resultado desses dois fatores é uma sociedade extremamente amedrontada, tendo tal sentimento uma dimensão onipresente.

Conforme ensina Wermuth (2011, p.29):

Como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, notadamente as relacionadas ao crime organizado e ao terrorismo, sendo os atentados terroristas ocorridos em setembro de 2001 considerados como o estopim dessa nova doxa do medo, uma vez que expuseram ao mundo a sua própria fragilidade. Como assevera Bauman (2001, p.133), o terrorismo demonstrou, de maneira dramática, o “grau de insegurança que sentimos vivendo, em um planeta negativamente globalizado e o modo como a ‘defasagem moral’ [...] torna dificilmente concebível qualquer fuga do estado de incerteza endêmica, da insegurança e do medo que esta alimenta.”

O destaque que os perigos e riscos da criminalidade têm atualmente gera um alarmismo não justificado em questão de segurança, o que leva a um clamor popular por maior eficácia no controle social, conforme ensina Cepeda (2007, p.31) existe uma “cultura da emergência”. Nesse campo torna-se o Direito Penal e as instituições punitivas instrumentos privilegiados para amparar os clamores por segurança. Com isso entende-se que é mais eficaz prevenir novos tipos delituosos do que utilizar-se de medidas de política social e econômica, ou ainda intervenções do Direito Civil ou Administrativo (Wermuth, 2011, p.31). Ou seja, neste cenário, requer-se a utilização do Direito Penal acima de qualquer outra *ratio*, sendo que este deve ser utilizado em último caso. Ao invés de buscar demandas sociais por mais proteção, busca-se por punição, dando ao Direito Penal uma relevância que chega à obsessão.

Nesse sentido, fatores como o controle e a vigilância tomam proporções obsessivas, levando a segregação de grupos de risco. Excluí-los torna-se uma urgência, devido a todo o sentimento de medo enfrentado pela sociedade contemporânea. É por isso que afirma Díez Ripollés (2007, p.132-133), “que o debate sobre o Direito Penal na sociedade contemporânea se assenta sobre algumas constatações acerca da nova realidade social [...]”. É com a análise do meio social que se pode compreender o que levou e como se chegou à situação atual no âmbito penal.

Em resposta aos anseios dessa sociedade, a política criminal destacou alguns traços, que foram bem sintetizados por Díez Ripollés (2007, p.134-135):

a) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais passíveis de intervenção penal, a qual passa a abarcar tanto as novas realidades sociais problemáticas quanto as realidades preexistentes cuja vulnerabilidade é potencializada; b) uma significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da política criminal, que passa a se preocupar majoritariamente com a criminalidade dos poderosos, únicos capazes de desenvolver as novas formas delitivas e que até então dificilmente entravam em conato com o sistema punitivo; c) a proeminência que é dada à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social; d) a necessidade de “adequar” os conteúdos do Direito Penal e Processual Penal às dificuldades ínsitas à persecução às novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa por um

processo de “atualização” dos instrumentos punitivos no sentido de torna-los mais eficazes.

Nesse contexto o Direito Penal encontra espaço amplo para se expandir e responder ao medo social, assumindo características especiais como uma maior identificação e solidarização da coletividade com as vítimas, devido ao medo de se tornar uma delas. Sendo assim deixa de ser um instrumento de defesa de cidadãos para ser ferramenta somente da vítima.

Outra característica é a cada vez mais crescente instrumentalização do Direito Penal no sentido de evitar que os riscos se tornem situações concretas de perigo, fazendo surgir leis penais preventivas, para camuflar a inatividade política diante dos riscos (Wermuth, 2011, p.32-33). Esse Direito Penal preventivo dá a falsa impressão que a política está atuando em favor da sociedade, quando na realidade está criando um mecanismo para afastar a sua responsabilidade.

Nestes moldes, há evidente inversão de uma ordem, onde no lugar de um Direito Penal que atua após a ocorrência de um ato lesivo, surge um Direito Penal punitivo de modo geral, que supervaloriza a punição de infrações de deveres de cuidado, dando resposta não só aos delitos de perigo abstrato, mas também aos delitos de acumulação, aqueles que por si só não causam lesão a um bem jurídico tutelado, mas se considerados em conjunto, levam a uma situação lesiva (Silva Sánchez, 1999 apud Wermuth, 2011, p.33-34).

Uma das características mais marcantes desse novo ideal popular punitivo é justamente o adiantamento da intervenção do Direito Penal na lesão do bem jurídico tutelado, pulando vários estágios de atuação, indo diretamente para o campo da punição. Toda essa antecipação faz com que se desconsidere e flexibilize cada vez mais as formalidades e garantias penais e processuais do Direito Penal liberal. E, na pressa por punir, esses fatores se tornam obstáculos à eficiência e à celeridade do sistema punitivo, o que leva à violação de princípios como o da taxatividade na elaboração dos tipos penais, da presunção da inocência, da culpabilidade, do devido processo legal, assim como todo o conjunto de garantias que contempla o Direito Penal tornam-se opositores à solução real dos conflitos. (Wermuth, 2011, p.35).

É importante destacar que essa flexibilização das garantias e liberdades fundamentais em face da intervenção do Direito Penal, atuando como uma ferramenta de emergência para reduzir o medo social, coincide com o processo de diminuição do Estado Social diante do avanço das reformas neoliberais, gerando um modelo de inegável suplantação do Estado Social pelo Estado Penal, conforme será visto nas linhas abaixo.

2.3 Do Estado do Bem Estar Social ao Estado Penal

Para melhor compreender a passagem do Estado de bem estar social para o Estado penal é preciso considerar que:

O contexto social no qual se produzem os novos sentimentos de insegurança e conseqüente expansão do Direito Penal coincide com o desmantelamento do Estado de Bem Estar, que redundando em uma desigualdade social que cada vez mais se agudiza. O processo de globalização, coloca-se como o contraponto das políticas do Welfare State, visto que representa uma lógica altamente concentradora, responsável pela exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho. (WERMUTH, 2011, p.36)

No sistema econômico os ganhos da produtividade são obtidos à custa da degradação salarial, da informatização e do maquinário da produção e conseqüentemente a isto, do fechamento de trabalhos convencionais. A junção desses fatores resulta numa relação entre marginalidade econômica e marginalidade social (Faria, 1997 apud Wermuth, 2011, p.36).

A conseqüência disso é o surgimento de um mundo mercantil, que separa as pessoas sendo pertencentes ou não de uma classe, a consumidora. A capacidade de poder ou não consumir se torna um critério de integração ou de exclusão social, evidenciando cada vez mais as desigualdades e exclusões sociais. É assim que o mercado de consumo se torna igualador ou separador da sociedade, distinguindo aqueles que produzem riscos contra aqueles que consomem segurança, aumentando o antagonismo de classes. (Cepeda, 2007).

Na visão de Faria (1997 apud Wermuth, 2011, p.38-39):

[...] referida simbiose marginalidade econômica/social obriga o Estado a concentrar sua atuação na preservação da segurança e da ordem internas. Com isso, os marginalizados perdem progressivamente as condições materiais para o exercício dos direitos humanos de primeira geração e para exigir o cumprimento dos de segunda e terceira gerações. Eles se tornam “descartáveis”, vivendo sem leis protetoras garantidas efetivamente e, condenados à marginalidade socioeconômica e a condições hobbesianas de existência, não mais aparecem como detentores de direitos públicos subjetivos. Mas isso não significa que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais. Nesse contexto, as instituições judiciais do Estado assumem funções eminentemente punitivo-repressivas, em detrimento da proteção dos direitos civis e políticos e da garantia da eficácia dos direitos sociais.

Dessa forma, o êxito no combate ao crime através da tolerância zero para qualquer tipo de infração penal, deve-se ao fato de ser a atitude que melhor se encaixa no contexto mundial de enfraquecimento do Estado de bem-estar social passando ao Estado mínimo neoliberal.

Quanto mais o Estado se exime de suas obrigações enquanto agente social de bem-estar, maior é a necessidade de novas iniciativas repressivas em relação às atitudes transgressoras da “ordem” realizadas pelos grupos já considerados “ameaçadores”. Concomitante a isso, faz necessário também tomar medidas que proporcionem segurança aos grupos sociais efetivamente inseridos nesse novo contexto. (Wermuth, 2011, p.40-41).

E, exatamente por isto se torna possível afirmar, seguindo o raciocínio de Wermuth (2011, p.41), que as campanhas punitivas são, antes de tudo, um mecanismo eficaz de controle social e racial, o qual substitui as instituições de assistência às classes pobres por estabelecimentos penais. A seletividade social no âmbito penal é uma das armas que o Estado neoliberal utiliza para manter sob seu controle a população sem poder econômico. Esta, abandonada pelo Estado, vai buscar satisfazer seus desejos de consumo, muitos destes influenciados pela mídia, e visando se igualar à população inserida no mercado, através da delinquência.

O que esse ideal de tolerância zero busca é retirar de circulação aquela parcela da população que não se enquadra nos padrões do Estado neoliberal, já que a considera responsável pela desordem social e pela criminalidade, que tanto amedronta a classe adepta à lei do capital.

Nos dizeres de Bauman (1999, p.121-122):

O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, e, outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem social e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça.

Nesse contexto, entende-se que a responsabilidade individual é um mecanismo de escolha dos clientes do direito penal em vez de se analisar as reais causas da criminalidade através do ponto de vista sociológico.

Como salienta Faria (1997 apud Wermuth, 2011, p.44), é nesse campo que a concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é extremamente alterada, tornando-o mais abrangente e rigoroso, com o objetivo de espalhar o medo e o conformismo em seu público alvo. O meio mais eficaz de espalhar essas inseguranças para a população, que está cada vez mais atemorizada e, conseqüentemente, ansiando pelo recrudescimento punitivo, é justamente os meios de comunicação de massa que atuam de forma decisiva na geração do alarme social, impulsionador de uma postura jurídico-penal pautada na punição exacerbada, como será explanado na sequência.

2.3.1 A influência dos meios de comunicação de massa e o Direito Penal Simbólico

Na sociedade atual, altamente globalizada, os meios de comunicação de massa têm cada vez mais a função de formador de opiniões. Na sociedade de consumo eles tornem-se

mecanismos eficazes para fortalecer crenças, culturas, valores, interesses dos mais variados assuntos.

De acordo com Albrecht (2000 apud Wermuth, 2011, p.44):

[...] a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica.

As representações midiáticas sobre os problemas sociais são feitas através de recortes da realidade, apresentando ao público consumidor somente os fatos mais viáveis, formando consensos que não tocam na verdadeira essência dos problemas.

Dessa forma a mídia em geral, e principalmente a televisão, que ainda é o meio mais comum e utilizado em todas as classes sociais, acaba por fazer uma fusão entre notícia e entretenimento.

A busca pelo sensacional e espetacular, pelo furo jornalístico é a base para selecionar o que vai ou não ser mostrado, que é definido pelos índices de audiência. As imagens e suas legendas ditam o que é preciso ler e compreender, produzindo um efeito de real. Com isso os jornalistas e demais envolvidos nas mídias transforma-se cada vez mais em diretores de consciência, porta vozes de uma moral sobre o que se deve pensar sobre os problemas da sociedade. (Wermuth, 2011, p.46-47)

O perigo está justamente no modo da mídia de massa impor à sociedade a forma de enxergar os ditos problemas sociais. Sobre o tema, Bordieu leciona que:

As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narrativa, o fato de relatar, como repórter, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização). (1997, p.28)

Visando interesses mercadológicos e audiência lucrativa, os meios de comunicação transmitem uma falsa realidade social, vendendo o crime como um rentável produto, transformando casos únicos e singulares em casos padrões, aumentando os medos da população e, conseqüentemente, o clamor por maior intervenção punitiva (Wermuth, 2011, p.47). Como sabiamente destaca Batista (2009, p.3) “o novo *credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos. ”

Um exemplo clássico de como a mídia trata a criminalidade em nosso país, como bem destaca Wermuth (2011, p.49) é o caso Isabela Nardoni. A menina, brutalmente assassinada, teve seu caso retratado como se fosse algo que frequentemente acontece, deixando de lado a

realidade objetiva e as peculiaridades do ocorrido. A mídia exaustivamente retratou como um verdadeiro espetáculo, estendendo a notícia por mais de dois meses seguidos, o que fez inflamar o clamor popular por justiça, vulgo vingança, contra o pai e a madrasta da menina, autores do crime.

Muitos outros exemplos como este caberiam ser citados, todos demonstram a mesma situação: o crescente aumento de um discurso midiático sobre a criminalidade, que almejando sempre maiores índices de audiência, tratam os problemas atuais com superficialidade, não encarando a profundidade do problema, mas o transformando em modinha, a qual precisa ser aderida para não perder espaço publicitário. Zaffaroni (2007, p.69) prefere denominar de discurso midiático *cool*.

O discurso midiático sobre a criminalidade é amplamente falho em embasamento teórico, o que abre espaço para a opinião de especialistas *ad hoc*, como diz Wermuth (2011, p.51), sejam estes credenciados pelo exercício profissional, por ocuparem cargos públicos ou até mesmo aqueles que já passaram por experiências de vida, como as vítimas, que passam a servir como instrumento, colaborando através de suas vivências.

Através da utilização do medo e, conseqüente a isto, a busca pelo enrijecimento punitivo como solução para os problemas, faz com que os meios de comunicação de massa na sociedade atual representem uma privatização parcial do *jus puniendi*. Esses julgamentos midiáticos são tão convincentes que levam até a execuções privadas, entendendo-se que assim se entra para a história como verdadeiro justiceiro (Batista, 2009, p.19). Nesse mesmo sentido,

outra importante consequência da “mídiatização do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranquilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo. (WERMUTH, 2011, p.52)

Um exemplo claro para ilustrar como a mídia persuade, após uma filmagem, feita por amador, ser divulgada pelas redes de televisão em todo país, mostrando cenas de tortura praticada por policiais em Diadema (caso Favela Naval), o Congresso, prontamente, criminalizou a tortura, resultando na Lei 9.455/97 (Bianchini, 2005 apud Almeida da Moraes, 2009, p.51), o que leva a concluir que,

é, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência. (ALMEIDA DE MORAES, 2009, p.52)

Dessa forma fica evidenciada a forte influência dos meios de comunicação na utilização exagerada do Direito Penal, o que realça o caráter simbólico deste ramo, dado o seu poder de atuação – punindo o mal que espalha o medo.

Adentrando no âmbito do direito penal simbólico, para entender melhor sobre essa nomenclatura, podemos destacar que os meios de comunicação em massa formam uma opinião pública cercada de medo e insegurança, encontrando como modo de afastá-los, a maior intervenção do sistema punitivo. Toda essa pressão popular recai sobre o poder público, ansiando que reformas penais para rebater a terrível criminalidade sejam efetivadas logo.

Portanto, o papel da mídia sobre a criminalização produz consequências como o aumento de policiais, reformas legislativo-penais, assim como uma derrota eleitoral, no caso dos cidadãos acreditarem que o Governo não consegue controlar a delinquência, como bem destaca Navarro (2005, apud Wermuth, 2011, p.53). Justamente por conta desse discurso midiático os políticos, para se tornarem coerentes e populares, optam por aderir essa publicidade da repressão.

Seguindo nesse pensamento, Bauman (1999, p.126) destaca que

a construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles.

Como bem destaca Díez Ripollés (2007, apud Wermuth, 2011, p.55), as experiências e percepções do povo condicionarem a criação de novas leis é totalmente legítimo e democrático, porém o problema é que na maioria das vezes elas são acolhidas pelo legislador sem uma intermediação especializada, sem se refletir acerca das consequências que toda decisão penal traz.

O dilema da apropriação do medo pela política leva à utilização do Direito Penal como arma política, daí o seu simbolismo.

Nesse sentido não se debate a efetividade da norma, basta que ela esteja incluída no ordenamento jurídico, como se isso fosse solucionar os problemas sociais, dessa forma encobrendo a incapacidade do Estado em resolvê-los de forma eficaz.

Cepeda (2007), sabiamente afirma que

entre as razões principais da utilização política do Direito Penal encontra-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexivamente, um grande número de votos. Não obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas

sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.

A questão é que o discurso político quase nunca se efetiva na prática, e muito embora passe tranquilidade à população, que anseia por soluções rápidas, a sociedade fica ainda mais contrariada quando as soluções exigem atenção às suas próprias falhas, e abomina-se a ideia de que, sobre isso, há pouca diferença ou nenhuma entre os filhos da luz e as crias das sombras, como define Bauman (2007, p.149) de forma pejorativa.

O Direito Penal, na tentativa de responder rapidamente às demandas sociais, assume o seu caráter simbólico, e com isso, as funções do Direito Penal são deturpadas e as soluções dos problemas não correspondem à realidade, visto que a principal preocupação do Estado é conter a indignação popular, utilizando de seus poderes para manter a lei e a ordem, e garantir segurança aos cumpridores da lei (Wermuth, 2011, p.58-59).

A base de sustentação do Direito Penal simbólico é a eficiência, onde busca-se a ideia de que algo está sendo feito para, dessa forma, estar atendendo às demandas sociais que almejam segurança e paz. Neste sentido:

[...] a partir da noção de eficiência, torna-se possível subdividir as normas penais que vêm sendo produzidas no processo de expansão do Direito Penal em dois grandes blocos: o primeiro deles é o composto pela legislação cujo escopo é reacionar frente às novas formas assumidas pela criminalidade na sociedade contemporânea, em especial diante da criminalidade organizada e do terrorismo; o segundo é integrado pelas normas que constituem uma retomada, sob influência do discurso jurídico-penal que sustenta a criação das normas integrantes do primeiro bloco, da ideia do repressivismo/punitivismo como estratégia primeira de segurança diante da criminalidade tradicional [...]. (WERMUTH, 2011, p.61)

Nota-se, do exposto, que vários mecanismos são utilizados no trato dos problemas envolvendo a criminalidade. Ocorre, no entanto, que os instrumentos usados, ao invés de atuarem em prol da resolução das questões, acabam desvirtuando o Direito Penal, alterando seus pressupostos basilares, conforme se analisará a seguir.

2.3.2 O Direito Penal Máximo: Movimentos “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”

Diante do aumento da criminalidade, a primeira ferramenta que vem em mente é o Direito Penal. Em uma linha de raciocínio que leve a termo as ideias expostas nas linhas acima, acredita-se que a criação de novos tipos penais, o enrijecimento das penas e a diminuição das garantias penais, processuais e fundamentais, seja a resposta correta e imediata contra a violência, colocando os delituosos, os “inimigos” sob o comando do Estado.

Esse modelo de atuação recebe o nome de Direito Penal Máximo por defender uma ampliação da tutela penal, apregoando uma abrangência, baseada na intolerância a qualquer tipo de prática delituosa, independente de seu valor e contexto, resultando assim num sistema penal mais atuante e controlador. Destaca ainda neste paradigma, a função do Estado como principal repressor das condutas delitivas, abrindo caminho para ampliar e estender as escolhas de quais comportamentos devem ser penalizados.

Dessa forma, ao afastar os parâmetros estabelecidos pelas garantias fundamentais inerentes ao homem e devidamente previsto na Constituição, configura-se um sistema incontrolável e injusto.

O movimento *Law and Order*, originário dos Estados Unidos, prega o discurso do Direito Penal Máximo, fazendo crer ser o Direito Penal a solução para todos os problemas. Ele influenciou a política criminal e as legislações penais daquele país nas duas últimas décadas, e acredita-se que sua influência no Brasil se deu na década de 1990. Inclusive muitos doutrinadores apontam que a Lei dos Crimes Hediondos seja o símbolo brasileiro desse movimento (Moraes, 2009, p.212).

Profissionais não capacitados para tal, como jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de televisão, entendem ter a responsabilidade de criticar as leis penais, e através de discursos sensacionalistas e tendenciosos propagam o recrudescimento das penas, a criação de mais tipos penais, a desnecessidade e conseqüentemente o afastamento de certas garantias processuais e individuais, para que assim a sociedade fique livre da parcela de indivíduos não adaptados, como bem destaca Greco (2016, p.12). Essa forte influência midiática nos faz remeter ao tópico anterior, onde restou evidenciada a interferência dos meios de comunicação para a formulação de um Direito Penal simbólico, preparando todo um terreno para o Direito Penal Máximo.

Esse movimento, de acordo com Santoro Filho (2000, p.130-131),

Integrado principalmente por políticos com inclinações contrárias às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos, e pela mídia voltada à população econômica e culturalmente menos favorecida, parte do pressuposto de que a criminalidade e a violência encontram-se em limites incontroláveis, e que este fenômeno é fruto de legislação muito branda e dos benefícios excessivos conferidos aos criminosos, pois não têm estes receios de sofrer a sanção.

Nessa linha de raciocínio, a sanção penal não deve se preocupar com a prevenção nem com a reintegração social do criminoso, mas sim representar uma retribuição exemplar ao seu comportamento delitivo, pagando o mal com o mal, para dessa forma diminuir a criminalidade (Santoro Filho, 2000, p.130-131).

Destarte, as principais características desta vertente dogmática são a penalização como castigo e retribuição, a instituição de penas severas e duradouras (como a morte e longa privação da liberdade) para os crimes atrozés, a prisão para crimes violentos em estabelecimentos de segurança máxima, regime extremamente severo, a prisão provisória como resposta imediata ao delito, e a restrição à individualização da pena e menor controle jurisdicional na execução, que por sua vez é administrada pelos agentes penitenciários (Dotti, 2004, apud Moraes, 2009, p.213).

É correto afirmar que, além do viés de Direito Penal Máximo, o movimento tem também uma linhagem de Direito Penal Simbólico. Percebe-se que as teses vão se influenciando e desencadeando novos pensamentos. Santoro Filho (2000, p.132-133) destaca que a propagação às massas populares dessas ideias serve para desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos que desgastam a população e são, na verdade, os maiores propulsores do aumento da criminalidade.

Neste sentido, outro movimento norte-americano, denominado Tolerância Zero merece ser destacado por esta investigação. Winfred Hassemer e Francisco Muñoz Conde (2001, apud Greco, 2016, p.14) explicam que

a tolerância zero constitui uma forma de disciplina e de contenção dos setores mais desfavorecidos economicamente, e não uma verdadeira solução ao problema social que condiciona esses comportamentos. O Estado Social se transforma assim em um Estado Penal que, através do Direito Penal, pretende o controle da mão de obra qualificada que não pode absorver o mercado de trabalho ou que não quer assumir o trabalho descontínuo e mal retribuído que lhe oferece.

Por conta de seus exageros, muitas críticas foram feitas a essa política de intolerância, condenando sua utilização, que se traduz numa manobra visando limpar as ruas dos “destroços humanos”, excluindo a população marginalizada e pobre, que deveria ser dominada, para que dessa forma os consumidores nos shoppings não fossem perturbados pelos feios despossuídos, que bebem em plena luz do dia, como duramente assevera Jock Young (2002, apud Greco, 2016, p.14-15).

Fica evidente que a política da Tolerância Zero é uma vertente da Lei e Ordem, e resumidamente, a ideologia preconizada pelos dois movimentos em exame versa sobre a utilização do Direito Penal como *prima ratio* e não como ultima, desempenhando um papel educador e repressivo, não permitindo que nenhuma conduta socialmente intolerável passe sem punição, preocupando-se com todo e qualquer bem.

A consequência do número excessivo de leis penais que prometem maior punição para delinquentes infratores resulta no próprio enfraquecimento do Direito Penal, que perde seu valor e credibilidade em razão da quase certeza absoluta da impunidade (Greco, 2016, p.17).

Em outras palavras, leva à hipertrofia do Direito Penal. Muito sabiamente conclui Greco (2016, p.18):

Enfim, o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais. Isso permite que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim.

Movimentos como o Lei e Ordem e seus desdobramentos, como a política da Tolerância Zero estampam o Direito Penal Máximo, deixando evidente que a pretensão de punir de forma desmedida em nada contribui para o Direito, muito menos para sociedade.

2.3.3 O Inimigo no Direito Penal

A teoria acerca do inimigo no Direito Penal é mais uma das vertentes relacionadas à transformação que o Estado do bem estar social vem sofrendo para tornar-se um modelo de Estado Penal. Sobre o tema, esta pesquisa enfatiza o professor alemão Günter Jakobs, que, em 1999, numa palestra na Conferencia do Milênio em Berlim, definiu definitivamente o que vinha idealizando, o chamado Direito Penal do Inimigo (Moraes, 2009, p.181).

Nos dizeres de Greco (2016), o Direito Penal do Inimigo ataca não os cidadãos, mas seus inimigos. Por meio dessa denominação se traça uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão e aquele que deve ser aplicado ao Inimigo. O primeiro é tradicional, garantista, respeitoso com os princípios fundamentais; já o segundo não considera tais princípios, visto que estaria diante de inimigos do Estado, e não de cidadãos.

Melhor o explica Günter Jakobs:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade [...] Um individuo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como luta de excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de se submeter a essa determinação. (2003, p.42-40-41).

E para justificar tal determinação:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (2005, p.49-50).

Na concepção de Jakobs (2005, p.45) o inimigo não é pessoa, já que “só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da ideia de que toda normalidade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real”.

Manuel Cancio Meliá, autor que juntamente com Jakobs escreveu o livro *Derecho Penal Del enemigo* (2005, p.67) esclarece que o Direito penal do inimigo é caracterizado por três principais elementos:

Ordenamento jurídico-penal prospectivo (adiantamento da punibilidade); penas desproporcionalmente altas, o que, equivale à constatação de que a antecipação da barreira da punição não é considerada para reduzir, de forma correspondente, a pena cominada e; relativização ou supressão de determinadas garantias processuais.

Pode-se afirmar que atualmente o Direito Penal do Inimigo compõe o que se reconhece como a terceira velocidade do Direito Penal. Isto porque a primeira velocidade é aquela mais tradicional, que tem por finalidade a aplicação de alguma pena privativa de liberdade, e tratando-se da liberdade do cidadão, logo devem ser observadas aqui as normas garantistas, tanto penais quanto processuais. A segunda velocidade do Direito Penal se dá com a aplicação das penas não privativas de liberdade, onde podem ser afastadas algumas garantias, visando maior celeridade na aplicação da lei penal (Greco, 2016, p.24).

Prosseguindo no raciocínio de Greco (2016, p.25), mesmo que não unânime, entende-se o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade por se tratar de uma velocidade híbrida, com o objetivo de aplicar as penas restritivas de liberdade da primeira velocidade, com uma diminuição significativa das garantias (segunda velocidade).

Sánchez (2004 apud Moraes, 2009, p.195) reprisando a teoria de Jakobs, assim define como inimigo,

um individuo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva se deu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Porém, no intuito de indagar quem poderá realmente ser considerado como inimigo, para que dessa forma sejam diminuídas, ou até mesmo suprimidas suas garantias penais e processuais, Greco (2016, p.27-28) traz à luz o exemplo do nazismo, e do projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, na liderança de Hitler. Nesse triste

período histórico desenvolveu-se um regime extremamente segregacionista, onde somente os arianos, a raça pura, seria digna. O projeto nazista era então, eliminar qualquer outra raça que fosse diferente da pura. Ou seja, os nazistas rotularam seus inimigos, para assim excluí-los. Nesse caso, lê-se matá-los, nas formas mais cruéis e desumanas.

Sem muito esforço nota-se a semelhança entre a ideologia nazista e o que pretende Jakobs com sua distinção entre cidadão e inimigo.

Sob o argumento que o criminoso ou delinquente habitual pertence às facções organizadas, como exemplo dos terroristas, traficantes, taxa-os de irrecuperáveis, propondo, portanto medidas privativas de liberdade por tempo indeterminado, deixando tal ser humano na condição de estranho à sociedade. Greco (2016, p.28) acredita ser essa a maior insensatez a que pode chegar o Direito Penal, já que não se pode desistir do homem sob o falso argumento dele ser incorrigível e possuir um defeito definitivo que o impeça de agir como os demais cidadãos.

A rotulação do inimigo pode acarretar insegurança jurídica e social, esta é a preocupação demonstrada por Greco nas linhas colacionadas abaixo:

[...] Como já deixamos antever acima, quem são os inimigos? Alguns, com segurança, podem afirmar: os traficantes de drogas, os terroristas, as organizações criminosas especializadas em sequestros para fins de extorsão... E quem mais? Quem mais pode se encaixar no perfil de inimigo? Na verdade, a lista nunca tem fim. Aquele que estiver no poder poderá, amparado pelo raciocínio do Direito Penal do Inimigo, afastar o seu rival político sob o argumento da sua falta de patriotismo por atacar as posições governamentais. Outros poderão concluir que também é inimigo o estuprador de sua filha. Ou seja, dificilmente se poderá encontrar um conceito de inimigo, nos moldes pretendidos por essa corrente, que tenha o condão de afastar completamente a qualidade de cidadão do ser humano, a fim de tratá-lo sem que esteja protegido pelas garantias conquistadas ao longo dos anos. (2016, p.29)

Conforme bem destaca Eduardo Cabette e Marcius Nahur (2014 apud Greco, 2016, p.29-30):

No denominado 'Direito Penal do Inimigo' o grande criminoso, o macro criminoso, o Leviatã do crime é o próprio Estado que tenta se justificar pela necessidade de impor a ordem, de defender a sociedade, de 'pacificar' a qualquer preço, ainda que seja o preço da dessubjetivação do humano, como fazem em seus processos mentais os próprios criminosos mais violentos e cruéis. E isso em nome do vlaro da segurança pública, o que é um erro crasso já demonstrado historicamente.

Diante dos padrões impostos pelos termos do Direito Penal do Inimigo, como o adiantamento da punibilidade, o combate à criminalidade com penas mais elevadas e a limitação de garantias processuais fica evidente que o Estado não fala com cidadãos, mas sim ameaça seus inimigos (Moraes, 2009, p.199). Distinguir entre inimigos e cidadãos não parece ser muito coerente com os princípios da própria Constituição, mas denota a seletividade com

que o Direito Penal, ao acolher as teses puramente repressivas, pretende tratar os seus tutelados. A questão da seletividade será objeto do subtópico abaixo alinhado.

2.3.4 A Seletividade do Direito Penal

Para melhor se entender sobre a seletividade do Direito Penal é preciso antes verificar dois momentos diferentes, a criminalização primária e a criminalização secundária.

No processo de criminalização primária, o Estado extrai do meio social determinados comportamentos, que em tese são ofensivos aos bens jurídicos, e os proíbe, impondo-os sob a ameaça de uma sanção penal, através de lei por ele formalmente editada. Estando em vigor tal lei penal, se desobedecida, abre a possibilidade de se ler à criminalização secundária, na qual o Estado exerce o seu *jus puniendi*, investigando, processando e condenando ao cumprimento de pena o transgressor da lei penal (Greco, 2016, p.157).

A seletividade começa quando a lei é editada, e valores de determinados grupos sociais, os dominantes, sobressaem sobre o da classe dominada. Quando a lei passa a vigor, há outro processo de seleção, o qual indaga quem deverá ser punido. A resposta para tal questionamento deveria ser simples e unânime: todos aqueles que descumprirem a lei penal devem ser punidos. Entretanto, bem se sabe que o Direito Penal tem raça, cor, classe social, sempre há um grupo selecionado sobre o qual recai a força do Estado (Greco, 2016, p.157).

Nesse sentido o Direito Penal se apresenta como um instrumento de dominação de uma classe sobre outra. Enquanto nas classes dominantes se opõe muito mais brando, sobre as classes subalternas mostra todo seu poder. Para exemplificar o exposto, podemos remeter pensamento aos crimes de colarinho branco, que acontecem diariamente, assim como o furto, e são muito menos divulgados e quase nada punidos. Se punidos, o são de forma branda e com todos os benefícios cabíveis e não cabíveis. Nesta torre de ideias, como bem observa Zaffaroni (2001, p. 40) “o sistema punitivo pode ser definido implicitamente como monopolizador da violência de forma ilegal, é seletivo, incapaz de punir as pessoas que não lhe são vulneráveis.”

Foucault (1975 apud Greco 2016, p.158) sobre a seletividade do Direito Penal e o fato de que esse ramo escolhe sobre quem recairá sua força e quem fica contido, tudo em nome da paz social, alega:

Seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente à classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da

mesma forma, que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Para estampar a seletividade, basta explorar os dados:

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semianalfabetos; 95% são absolutamente pobres; 98% não tem condições de contratar advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto (SICA apud Greco, 2016, p.158).

Maria Lúcia Karam (1997 apud Greco, 2016, p.159) brilhantemente afirma:

O sistema penal não se destina a punir todas as pessoas que cometem crime. Não passando a imposição da pena de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade e, encontrando esta reação punitiva seu suporte e sua força ideológica na necessidade do desejo de criação de bodes expiatórios, não seria funcional fazê-la recair sobre todos os responsáveis por condutas criminalizadas, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.

Quando se refere à seletividade é comum que o selecionador se utilize de estereótipos físicos e sociais a fim de estabelecer um parâmetro de periculosidade, disseminando preconceitos sobre o indivíduo que será punido pelo Estado. Esta é a forma de justificar a seletividade, ela vai operar sobre um inimigo da sociedade, que conseqüentemente deve ser combatido, como já debatido no tópico anterior. Sobre isto ensina Zaffaroni (2011, p.46):

Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinqüente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.

Da lição de Zaffaroni, é possível deduzir que as pessoas estigmatizadas são, geralmente, pobres, pretos, prostitutas, viciados em álcool e drogas, boêmios, homossexuais, ciganos, mendigos, e a lista pode se estender longamente. Essas pessoas são vistas como desentoadas, contrárias à ordem social, e incapazes de usarem as oportunidades disponíveis para progredirem pelos caminhos aceitos pela sociedade, julga-lhes faltar moralidade e respeito, podendo, portanto, sofrerem sanções máximas.

Na realidade somos todos criminosos, em maior e menor grau, exemplificando, quem nunca cometeu algum tipo de delito, seja contra a honra de seu semelhante, ou nunca comprou um produto pirateado num camelô, nunca perturbou o sossego alheio com o som alto, enfim, sem exceção, todos, sem a noção ou o dolo, já praticou algum crime ou crimes, diariamente (Greco, 2016, p.159).

O Estado não se atentou para o fato de que o Direito Penal só precisa agir sob as condutas que efetivamente ataquem os bens jurídicos mais relevantes para o convívio da sociedade. Enquanto ele for Máximo, haverá a inflação legislativa e o Direito Penal continuará seletivo e impiedoso, selecionando quem é punido, e certamente, serão as camadas menos favorecidas e vulneráveis (Greco, 2016, p.159).

A seletividade acontece também na etapa da execução da decisão condenatória do Estado. Como exemplo da seletividade cruel do Direito Penal pode-se citar o que acontecia antes da Lei nº 9.268, de 1º de Abril de 1996. O art.51 do Código Penal previa a conversão da multa em pena privativa de liberdade. Quando alguém menos favorecido era condenado ao pagamento de multa, e assim não o fizesse, independente do motivo ser sua falta de condição financeira, passado o prazo legal para pagamento já era determinada a conversão e, em sequencia, expedido o mandado de prisão. (GRECO, 2016, p.159-160)

Desse exemplo destacado acima se pode indagar, sobre qual cidadão recairia a conversão em prisão? Qual cidadão não teria condição de efetuar o pagamento? Mais uma vez, aquele cidadão da classe baixa, com renda mínima, o pobre. Seria justo com ele, insolvente, ter sua liberdade retirada? Não seria uma medida desproporcional? Em bom tempo veio a lei já citada, impedindo a conversão em pena restritiva de liberdade, evitando que a seletividade faça mais vítimas.

Enfim, o Direito Penal é seletivo a partir do momento em que seleciona quais comportamentos deverão ser punidos (criminalização primária) e quem vai responder pelas ações delituosas praticadas (criminalização secundária) (Greco, 2016, p. 161).

Tomando por fulcro as informações trazidas até este momento, a derradeira etapa do presente capítulo fará uma exposição acerca da prática equivocada, conhecida como inflação legislativa que acompanha o processo de alteração paradigmática do Estado que passa de social para penal.

2.4 A Hipertrofia do Direito Penal

Diante do contexto atual da sociedade, em face das já explicitadas sensações de medo e insegurança, influenciado por várias correntes e movimentos, como já exposto, e em resposta a todos os anseios populares, como resultado, o Direito Penal vem passando por um processo de expansão ou hipertrofia, caracterizado, especialmente, pela criação de normas jurídico-penais que buscam fins políticos-eleitorais de curto prazo, objetivando ainda criar na

população a falsa impressão de um legislador preocupado com os riscos da contemporaneidade (Wermuth, 2011, p.92).

São características dessa expansão do Direito Penal:

a) o incremento da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstratos; b) criminalização de atos de mera conduta, que prescindem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de eficiência como princípio norteador do processo penal. (WERMUTH, 2011, p.92).

Sobre a realidade brasileira pode-se citar vários exemplos de leis que foram criadas nos últimos anos, simbolizando o fenômeno da hipertrofia penal: a Lei dos Crimes Hediondos (nº 8.072/90), que definiu como hediondos crimes já tipificados pelo Código Penal, porém alterou consideravelmente as penas e restringiu as garantias processuais dos autores; a Lei do Combate ao Crime Organizado (nº 9.034/1995), que criou o juiz investigador e permite a técnica de escuta e investigação extremamente lesivas às liberdades individuais, assim como o flagrante retardado; o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) que ampliou a tipificação e penaliza mais severamente condutas relacionadas à posse ilegal de armas e os tornou inafiançáveis, com penas que podem ultrapassar até as cominadas para crimes de lesão ou homicídio; a Lei nº 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, autorizando o isolamento do preso provisório ou condenado por até um ano (Wermuth, 2011, p.93).

Brilhantemente destaca Gomes e Bianchini (2005 apud Moraes, 2009, p.62), valendo-se da lição de Bentham:

O Direito Penal ao longo dos anos, mas especialmente agora na era da globalização, passou a ser o Grande Irmão (o big brother de Orwell), que controla (ou tem a pretensão de controlar) tudo e todos, embora se saiba que, na prática, em geral somente uma camada da população – os mais desfavorecidos – é que sofre suas consequências.

No mesmo sentido Schmidt (2005 apud Moraes, 2009, p.64) explicita:

[...] nos últimos tempos, o discurso da insegurança e da criminalidade organizada tem sido extremamente útil para justificar todo e qualquer meio de combate à violência. Não se sabe exatamente o que venha a ser um crime organizado, mas se sabe que tal imprecisão é fundamental como instrumento de um processo seletivo: basta denominar uma investigação de megaoperação, assim como um concurso de pessoas de crime organizado, para que praticamente qualquer ato punitivo estatal resultar justificado, contra qualquer pessoa cujo nome seja envolvido.

Por conta de tanta insegurança, a Justiça entrou em descrédito, nesse contexto crescem os discursos para modificar a legislação penal e processual, sempre visando o aumento das penas, rapidez no processo e recrudescimento na execução e no cumprimento da pena aplicada. Greco (2016, p.22) denomina essa situação de direito penal de emergência, visto que é resultado da situação de urgência que se encontra a sociedade. Ele seria utilizado até que se sanassem os problemas, porém, como não é solucionado, o urgente acaba se tornando duradouro e reconhecido como habitual.

Ferrajoli (2002, apud Greco, 2016, p.22) nessa perspectiva, aponta os efeitos dessa inflação legislativa:

A alteração da fonte de legitimação constitui precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política de ruptura ou se preferir da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplina a função penal. Esta concepção da emergência outra coisa não é que a ideia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de veículos e de garantias, mas a esta supraordenada.

Resultado desalentador gera esse pensamento que o Direito Penal é o único instrumento eficaz no ensino político e social e “como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio* e, principalmente porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar” (Sánchez, 2002, apud Moraes, 2009, p.65-66).

Ainda sobre as consequências deste procedimento, leciona Moraes (2009, p.66):

Diante desse dilema da sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa evidenciam-se em fatos, como a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, abuso das leis penais em branco, antecipação exagerada da tutela penal, perda da certeza da configuração típica e adoção de tipos de mera desobediência. Tal irracionalidade viola, em tese, postulados políticos-criminais típicos do Direito Penal iluminista (intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade) e dos princípios fundamentais de um Direito Penal cidadão, típico do Estado Constitucional de Direito (legalidade, certeza, ofensividade etc.).

A realidade brasileira agrava mais ainda a situação. Moraes (2009, p.66-67) entende que vivemos numa aparente democracia, apesar da ordem constitucional brasileira ter um espírito igualitário, ela não é capaz de mudar seu contexto de injustiça social, nem sequer criar condições políticas para incluir os setores desfavorecidos da população e lhes ampliar a cidadania.

Somado a esse contexto, Moraes (2009, p. 67) aduz estar a não aplicação da lei, sua aplicação seletiva, sua utilização para fins pessoais, a não regulamentação de direitos previstos constitucionalmente, a ausência de investimentos financeiros para implantação de políticas públicas. Essa atuação, segundo o autor, desvaloriza os direitos sociais, macula a própria Constituição e fere a essência do Estado Democrático de Direito, ou seja, retira a eficácia da lei.

Neste aspecto, o terceiro capítulo do estudo em tela realizará uma abordagem sobre os princípios penais constitucionais que, sendo seguidos, podem dar vida a mudanças importantes no caminho percorrido pelo Direito Penal e pela sociedade brasileira nos últimos anos.

3. OS CAMINHOS PARA O EQUILÍBRIO DO DIREITO PENAL

O capítulo anterior demonstrou movimentos e ideais que pregam o Direito Penal Máximo, e restou evidenciado que tais violam os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a começar com o princípio da dignidade da pessoa humana, o primeiro a ser observado, dentre vários postulados constitucionais que norteiam o Direito Penal e o Direito Processual Penal no Brasil.

Nesta direção, este momento da pesquisa apresentará ao leitor o ideário de um Direito Penal equilibrado, expondo a imperiosa necessidade de se reduzir sua utilização, enfatizando o seu caráter constitucional e subsidiário como *ultima ratio*, a fim de que sejam reafirmadas as garantias individuais e coletivas que levam a harmonia do convívio em um Estado Social.

3.1 A Primazia da Dignidade da Pessoa Humana

Antes de adentrar na seara das perspectivas de alcance de um Direito Penal de Equilíbrio, cumpre realizar destaque importante acerca da superioridade ou primazia de um princípio fundamental para o direito: a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, traz-se à baila o ensinamento de Martins (2009, p.51) preconizando que:

[...] há uma tendência doutrinária que compreende o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes transcrito nas Constituições mundiais, como o vetor preponderante dos direitos fundamentais. Possível compreender que o axioma da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1º, III), transparece nitidamente como fonte do ordenamento jurídico, sendo que a partir dele toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional se desdobra, permitindo alcançar objetivos (foz) presentes na mesma Constituição (art. 3º): erradicação da pobreza e da marginalidade e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em trilha semelhante, Cogo e Martins (2015, p. 179) aduzem que:

A Carta Magna de 1988 foi a primeira constituição nacional a reconhecer, em prima facie, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Desse modo, observa-se que o constituinte deu prioridade a existência de um Estado que existe e se constrói em torno da pessoa, oferecendo ao ser humano o papel principal na relação Estado-cidadão. Pela compreensão acima, é possível deduzir que a dignidade da pessoa humana revela-se como verdadeiro guia valorativo não somente dos direitos fundamentais, mas também de toda a ordem jurídica pátria, motivo pelo qual não são poucos os autores que a assinalam como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa ou mais popularmente dizendo, o super princípio.

Nota-se que o direito penal não pode desconhecer desse princípio como fonte de inspiração e aplicação atemporal, uma vez que orientará o legislador na ocasião da elaboração de um tipo penal, impedindo a inclusão de uma conduta incriminadora (preceito primário) ou uma sanção (preceito secundário) que venham a desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

E, em complementação ao aludido acima, Cogo e Martins apresentam conclusão no seguinte sentido:

Com esta ordem de valores, pautada na dignidade humana e na legalidade, em momento algum o que se pretende é a imposição de um modelo rígido, com o cerceamento da atividade legislativa. O ideário que prevalece, com tal praxis é o de vinculação da política criminal às diretrizes constitucionais, estabelecendo, com isto, uma relação de coerência entre o Direito Penal e a Constituição. (2015, p. 182)

Como um princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como uma norma superior. Sendo assim, o legislador estaria proibido de criar novos tipos penais incriminadores que contrariem a dignidade da pessoa humana, assim como de cominar penas cruéis, ou aflitiva, como os açoites, mutilações, qualquer tipo de tortura (Greco, 2016, p.73).

Ainda nesse sentido destaca Bitencourt (2014, p.70) que “esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”.

Entretanto, como já destacado no capítulo anterior, a inflação legislativa contraria totalmente esse postulado que deve prevalecer sobre aos demais dada a sua valoração diferenciada.

O desrespeito a esse princípio ocorre também no tocante ao próprio Estado. Nesta direção destaca Greco (2016, p.74):

A Constituição brasileira reconhece, por exemplo, o direito à saúde, educação, moradia, lazer, alimentação, enfim, direitos mínimos, básicos e necessários para que o ser humano tenha uma condição de vida digna. No entanto, em maior ou menor grau, esses direitos são negligenciados pelo Estado. Veja-se, por exemplo, o que ocorre, via de regra, com o sistema prisional brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como as da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, etc. a ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois que não existem programas governamentais para sua reinserção social, além do fato de a sociedade não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Diante de um princípio tão amplo, depara-se com a relativização do mesmo. Greco (2016, p. 75) explica que a dignidade da pessoa humana não possui caráter absoluto, devendo ser ponderada de acordo com cada caso concreto, como um valor individual de cada ser humano, porém, sem desprezar o seu núcleo essencial, que nunca deverá ser abalado.

Assim:

Uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado da sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de

visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa. (GRECO, 2016, p.75)

Deve-se, portanto, buscar um equilíbrio, pautado na garantia da dignidade individual, refletindo positivamente no meio coletivo.

3.2 A Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima é aquele que serve de base para a criação dos tipos penais. É ele que impõe a “[...] necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras” (Bitencourt, 2014, p. 53).

Inicialmente é importante destacar que a inovação no ordenamento penal não deve se atentar a um único princípio, mas sim ao conjunto deles. Mas, como princípio fundamental e de análise obrigatória, temos o da intervenção mínima, que como situa Greco (2016, p.77) é o coração do Direito Penal do Equilíbrio.

Esse princípio, em conformidade com a lição de Greco (2016, p. 77), precisa ser estudado sob dois prismas diferentes: primeiro, deve ser entendido como um princípio de análise abstrata, que orienta o legislador na criação ou revogação das figuras típicas; segundo, evidencia a natureza subsidiária do Direito Penal, que deve ser utilizado como *ultima ratio* de intervenção Estatal.

Por esse mesmo caminho preceitua Bitencourt (2014, p.54):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra os bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou de outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais.

A razão desse princípio, de acordo com Roxin (1989 apud Bitencourt, 2014, p.54) “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social”.

3.2.1 Critério de seleção dos bens jurídicos

Partindo do primeiro enfoque do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal tem por finalidade proteger os bens mais importantes e necessários para a sociedade, diante disso, somente os bens de maior relevo merecem atenção do legislador penal, a fim de protegê-los.

Sobre o conceito de bem jurídico, esclarece Esperanza Vaello Esquerdo (2002, apud Greco, 2016, p.79):

[...] constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para as pessoas desenvolverem sua vida social, podendo ser de natureza individual (vida, liberdade, honra, etc.) ou comunitária (saúde, segurança do Estado, meio ambiente, entre outros).

É preciso considerar o fato que cada sociedade tem liberdade para valorar seus bens, dependendo de sua cultura, costumes e crenças, por isso não há como generalizá-los ou delimitá-los. Entretanto, o critério de proteção dos bens mais importantes e necessários para a sociedade deve ser mantido como absoluto e determinado para qualquer ordenamento jurídico, o grau de importância que irá oscilar dependendo da cultura, como assevera Greco (2016, p.80).

Nesse mesmo sentido prossegue o autor:

A tarefa de selecionar os bens parte, primeiramente, da sua valoração, de acordo com uma concepção minimalista, na qual somente aqueles realmente importantes poderão merecer a proteção do Direito Penal. Embora a nossa opção seja por um Direito Penal Mínimo, sabemos que, nem sempre, a sociedade compartilha essa postura ideológica. Na verdade, e como regra, pelo menos em nosso país, a sociedade, cansada de presenciar atos atroz, que lhe causam repugnância, busca, cada vez mais, a tipificação de comportamentos até então considerados indiferentes para o Direito penal. Começa a surgir, portanto, um terrível processo de inflação legislativa, que somente conduz ao descrédito e à desmoralização do Direito Penal. (2016, p.81)

Nada impede que um bem, mesmo sendo considerado relevante, possa ser protegido pelos outros ramos do ordenamento jurídico, sem a intervenção radical do Direito Penal, ressaltando-se assim sua natureza subsidiária.

Bianchini (2002, apud Greco 2016, p. 87) aduz que “um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens jurídicos considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade”.

Destarte, a escolha de um bem relevante e a criação da figura típica devem obedecer aos princípios penais fundamentais, como a intervenção mínima, adequação social, lesividade, etc., que servem de norte para o legislador neste modelo de Estado. Há liberdade para a escolha, mas ela deve vir sempre acompanhada dos princípios fundamentais (Greco, 2016, p.87).

3.2.2 O caráter subsidiário do Direito Penal

A segunda vertente do princípio da intervenção mínima destaca a natureza subsidiária do Direito Penal e sua utilização em *ultima ratio*.

Esse caráter secundário é inspirado no princípio da humanidade, visto que a intervenção abusiva do Direito Penal comprime a dignidade humana, considerando os valores que são sustentados pela Constituição. Romper a liberdade de determinada pessoa quando existem outros meios para resolver o problema, além de desproporcional é desnecessário (Semer, 2014, p.55).

Ensina Queiroz (1998 apud Greco, 2016, p.88):

O Direito Penal deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação do homem. Semelhante intervenção há de pressupor, assim, o insucesso das instancias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho, etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa. Vale dizer: a intervenção penal, que em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível.

Através da subsidiariedade, o legislador, ao escolher o bem, além de examinar sua importância no nível individual e coletivo, deverá também, obrigatoriamente observar se os outros ramos do ordenamento jurídico se mostram eficazes na proteção de tal bem. Ou seja, somente depois de verificada todas as hipóteses de intenção e verificando serem as mesmas insuficientes, é que se pode invocar a intervenção penal. (Greco, 2016, p.89-91).

A lição de Bitencourt (2014, p. 55) nos guia à compreensão de que o Direito Penal se limita a castigar apenas as ações mais graves e importantes contra os bens jurídicos, daí seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente com parte dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico.

O desrespeito a esse princípio é uma das causas cruciais que culminam na hipertrofia do Direito Penal. Bitencourt (2014, p.54-55) assevera:

Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos positivos.

A partir do momento que se utiliza o Direito Penal em primeira instância, perdendo seu caráter subsidiário, uma série de princípios e garantias basilares está sendo suprimida, além de que o fato de se ter muitas leis penais não faz com que as mesmas sejam efetivadas na prática, gerando o aumento do sentimento de impunidade, e quando se pune, aumenta a população carcerária que já vive em situações degradantes.

3.3 O Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade, ou ainda ofensividade, foi uma das conquistas do período Iluminista, como bem destaca Greco (2016, p.93).

O mesmo autor ensina que:

O princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima e o princípio da adequação social servirão de norte ao legislador quando da criação, e da necessidade de revogação da figura típica. O primeiro raciocínio a ser produzido quando o legislador quiser criar uma figura típica será o de, efetivamente, aferir a importância do bem jurídico que irá merecer a atenção do Direito Penal. Se o bem goza desse status, ou seja, se é importante a ponto de merecer proteção do Direito Penal, vencido o primeiro princípio, ingressamos no segundo, de averiguação obrigatória, que é justamente o princípio da lesividade. (2016, p.93-94).

Só se justifica a intervenção e a repressão penal quando efetivamente houver um ataque a um interesse socialmente relevante, que represente um perigo concreto ao bem tutelado. É por isto que o legislador deve evitar tipificar condutas que não lesionem ou coloquem em perigo concreto um bem jurídico protegido penalmente; se não o coloca em risco, não há infração penal (Bitencourt, 2014, p.61).

Mediante esse princípio o Direito Penal só deve proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do agente, atingindo bens de terceiros (Greco, 2016, p.94).

Como leciona Bitencourt (2014, p.62), esse princípio tem duas funções:

Constata-se que o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada. [...]. Em outras palavras, a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar tua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu interprete final.

Vale destacar que esse princípio não é o único necessário para a criação de leis penais incriminadoras. A criação dos tipos penais deve sempre vir acompanhada ainda da constatação da importância do bem que se quer proteger (princípio da intervenção mínima) e também da inadequação social do comportamento que se quer proibir (princípio da adequação social (Greco, 2016, p.94). Resta evidente que na criação de novos tipos penais ou nas suas modificações, é preciso unir os princípios penais norteadores a fim que de essa tipificação seja coerente e justa.

Em suma, no princípio da lesividade somente se admite configurar-se como infração penal a situação em que um interesse, um bem jurídico sofrer um ataque efetivo, representado por um perigo concreto (Bitencourt, 2014, p.63).

Tal princípio serve de base para o legislador para que somente as condutas que ultrapassem o agente e atinjam bens relevantes de terceiros venham a ser proibidas através do poder punitivo do Direito Penal (Greco, 2016, p.97).

3.4 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social foi inicialmente formulado pelo professor alemão Hans Welzel, tendo como finalidade orientar o legislador na criação ou revogação das figuras típicas, é também um instrumento de interpretação dos tipos penais do Código Penal. Está relacionado com os princípios já estudados anteriormente – intervenção mínima e lesividade – que se complementam (Greco, 2016, p.97).

Segundo ensina o seu criador Welzel, Bitencourt (2014, p.57) resume:

O Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segunda essa teoria, as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não se revestem de tipicidade e, por isso, não podem constituir delitos.

Os tipos penais devem fazer uma seleção de comportamentos e ao mesmo tempo uma valoração de qual é penalmente relevante. Muitos comportamentos tornam-se irrelevantes por serem corriqueiros no meio social, já que muitas vezes há um desencontro entre as normas incriminadoras e o socialmente tolerável (Bitencourt, 2014, p.57).

É por isto que o legislador, sendo um pesquisador e selecionador de condutas que atinjam os bens jurídicos importantes, deve impedir a criação de tipos penais incriminadores que proíbam condutas já aceitas pela sociedade. Caso contrário, estaria induzindo a população a cometer crimes, já que ela está acostumada a determinados comportamentos e não mudaria pelo fato de haver nova lei, conforme instrui Greco (2016, p. 97-98).

Nesse raciocínio, Greco (2016, p. 98) exemplifica que a criação de uma lei que punisse a ingestão de bebidas alcoólicas após as 22 horas em locais públicos, de início parece louvável essa preocupação com a população. Porém, destaca o autor ser uma criação legislativa totalmente inviável, visto que a sociedade está adequada ao seu uso regular, o que estimularia o consumo clandestino, evidenciando claro conflito entre a nova lei e os costumes sociais.

Nesta mesma direção,

Merece destaque ainda, o fato de que ao princípio da adequação social se atribui, também, uma função interpretadora dos tipos penais. Os costumes, intimamente ligados ao princípio em estudo, que traduzem o comportamento da sociedade em determinada época, servirão de norte, também, para o exegeta quando da interpretação típica, a fim de que os modelos de condutas aparentemente proibidas e impostas pela lei penal estejam em perfeita sintonia com o sentimento social.(GRECO, 2016, p.98)

Como demonstrado o princípio da adequação social serve, primeiramente, para orientar o legislador na criação ou revogação de figuras típicas. A revogação acontece quando condutas que anteriormente eram consideradas inadequadas e atualmente não são mais, por isso essa proibição precisa ser retirada do ordenamento jurídico, como é o caso do jogo do bicho.

Na visão de Greco (2016, p.99) não há lógica em proibi-lo, já que inclusive o próprio Estado desenvolveu alguns, como as “raspadinhas”.

Por outro lado, destaca Bitencourt (2014, p.60):

[...] a consideração de uma conduta como adequada para a produção de um resultado não é, realmente, suficiente para decidir sobre a relevância típica do comportamento, pois toda conduta pode ser perigosa em algum sentido e pode, em abstrato, ser apta a produzir algum resultado típico. Esse obstáculo não constitui, sem embargo, um motivo para o completo abandono da orientação da adequação social, pois [...] ele é de utilidade como primeiro filtro de restrição dos riscos juridicamente relevantes.

Como a sociedade está em constante mudança, assim como existe uma pluralidade de culturas e costumes, a adequação social pode variar.

E, bem por isso, tal princípio, unido com os postulados da intervenção mínima e da lesividade dá ao legislador a possibilidade de criação da figura típica e também da revogação de tipos inadequados socialmente, utilizando-o ainda como mecanismo de análise e interpretação das figuras típicas (Greco, 2016, p.100).

Enfim, o princípio da adequação social é de grande valia, uma vez que aliado aos demais princípios serve de norte para o legislador tanto criar quanto suprimir normas, sempre visando a melhoria da sociedade. Se a lei é feita para a população, logo deve estar de acordo com a realidade da mesma.

3.5 Princípio da Proporcionalidade

A ideia de pena proporcional desenvolveu-se principalmente no século XVIII, com destaque para a obra de Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”.

As discussões sobre o tema vêm tendo progressos e retrocessos, podendo-se afirmar que desde o Iluminismo busca-se eliminar, dentro do possível, a intervenção estatal desnecessária na vida privada dos cidadãos, visto que a mudança que trouxe na concepção de indivíduo, Estado e sociedade impôs maior respeito à dignidade humana, inserindo-se neste plano os princípios garantistas, como a proporcionalidade, lesividade, etc. (Bitencourt, 2014, p.66).

Penas desproporcionais trazem uma sensação de injustiça, porém não é fácil elaborar um raciocínio perfeito entre a severidade da pena e a gravidade do delito. A atual inflação legislativa torna cada vez mais complexa a aplicação da proporcionalidade, uma vez que cada tipo merecerá a sua comparação no ordenamento jurídico (Greco, 2016, p.113).

No momento em que o legislador vai criar tipos penais incriminadores, proibindo ou impondo algum comportamento sob ameaça de sanção penal, esta sanção precisa ser proporcional à gravidade do mal que o agente produziu. É difícil mensurar, por exemplo, quanto vale a vida, a integridade física, a honra, a dignidade sexual, etc., entretanto é crucial que a proteção a esses bens ocorra mediante uma pena mais proporcional possível, considerando-se o bem jurídico que foi atingido (Greco, 2016, p.114).

Em raciocínio bastante esclarecedor sobre este tema, ensina Bitencourt (2014, p.67-68):

O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica. Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetos pretendidos; e, pela adequação, espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. [...]

O princípio da proporcionalidade prega que entre o crime e a pena exista um equilíbrio.

De acordo com Hassemer (1984 apud Bitencourt, 2014, p.68) tal princípio é “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”.

Greco (2016, p.115) aponta que o legislador é o primeiro responsável por idealizar a proporcionalidade, visto que é ele quem cria o tipo penal e estabelece as penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito. O segundo responsável será o juiz, que aplica a pena cominada. Ao fazer isto, ele deve sempre observar a concreta gravidade do delito, fazendo uso da discricionariedade que dispõe. Existem, portanto, dois momentos na aplicação da

proporcionalidade: primeiro por meio das penas cominadas em abstrato e segundo, nas penas aplicadas em concreto.

Esse princípio abre ainda duas vertentes: a proibição do excesso e a proibição de proteção suficiente. Sobre as mesmas leciona Greco (2016, p.116-117):

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada. Lesiva a determinado bem jurídico. [...]

A outra vertente do princípio da proporcionalidade diz respeito à proibição de proteção deficiente. Que isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente, etc. [...]

No próprio ordenamento penal brasileiro, mais especificamente no art.59 do Código Penal, fica explícito que as penas devem ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, daí decorre o princípio da necessidade. Logo, a função de reprovar e prevenir futuras infrações penais é que ditam a necessidade da pena. Independentemente da posição teórica do intérprete, o princípio da necessidade deve sempre estar atrelado com essas duas funções atribuídas à pena (Greco, 2016, p.118).

Como é de se notar, o princípio da proporcionalidade é amplo, abre vertentes e está intimamente ligado com outros princípios. É por isto que cabe destacar ainda o princípio da suficiência da pena. Suficiente é a pena proporcional ao mal praticado pelo agente. Uma pena para ser justa não pode ir além da sua necessidade, o juiz não pode, portanto, aplicar uma pena rigorosa num caso onde se exige uma punição mais branda que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Greco, 2016, p.121-122).

Já preconizava Beccaria (1999 apud Greco, 2016, p.122-123) que “para que a pena não seja a violência de um de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”.

Resumindo, a pena necessária é aquela que mais atende às funções de reprovar e prevenir o crime, já a pena suficiente está relacionada com a quantidade de punição aplicada ao agente infrator (Greco, 2016, p.123).

E, em sede de conclusões:

[...] com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências

constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. (BITENCOURT, 2014, p.69).

Os princípios elencados aqui e tantos outros que informam o Direito Penal e o Direito Processual Penal pátrio devem sempre estar conjugados com o seu princípio base, a dignidade da pessoa humana, proibindo excessos, arbitrariedades e penas desnecessárias, respeitando as devidas funções da pena, e, conseqüentemente preservando e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos.

3.6 Notas Sobre o Garantismo Penal

Esta etapa do presente estudo apresenta a Teoria do Garantismo Penal, como um dos caminhos a serem seguidos em prol do equilíbrio do Direito Penal.

A título de esclarecimento, o denominado Garantismo Penal surgiu na Itália e na Espanha, em reação ao uso flexível do Direito Penal. Na época esses governos estavam em intenso combate antiterrorista, o que levou a criação de legislações de emergência. Atualmente, o retorno à esses ideais tem por objetivo combater as correntes extremamente punitivistas e criminalizadoras, como os movimentos Lei e Ordem e Tolerância Zero, além do Direito Penal do Inimigo, ideologias que pregam o Direito Penal Máximo, já evidenciadas no segundo capítulo desta investigação.

A melhor compreensão do tema nos remete ao conceito idealizado por Luigi Ferrajoli (2006, p. 312), transcrito a seguir:

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja a satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal.

Como bem destaca Araujo Junior (1999, p.155), o garantismo defende que o direito penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado. A exemplo dos iluministas, que outrora tentaram limitar os abusos punitivos de governos absolutistas, o movimento garantista tentou, mais recentemente, impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com resquícios fascistas.

Ferrajoli (2006) salienta a necessidade de se observar dez princípios básicos, os denominados axiomas, para que assim determinado sistema penal seja garantista. Esses axiomas têm por função deslegitimar o absoluto poder punitivo Estatal. Nesse sentido, o modelo garantista foi sintetizado por Ferrajoli como sendo um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva. Ele preconiza uma limitação da intervenção penal centralizada na tutela de direitos individuais.

Em sua proposta, Ferrajoli (2006) aponta para um Direito Penal Mínimo, entregando para outros mecanismos a resolução dos conflitos, ou seja, leis extrapenais, quando não houver justificada a necessidade da repressão penal. Dessa forma, somente os casos que causam efeitos lesivos podem justificar o custo das penas e proibições, autorizando as sanções.

A respeito desta construção ideológica, essencial é a lição de Salo de Carvalho (2004, p.19) ao destacar que o “garantismo penal atua [...] deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”.

Em sentido semelhante Cogo (2014, p.01) aduz que “[...] por detrás de argumentos que pretendem transmitir o ideário da defesa da sociedade contra os atos violentos a todo custo, encontram-se teses diametralmente opostas ao pensamento de tutela de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”.

Do exposto pode-se compreender que muitos dos problemas atuais do Direito Penal decorrem da transformação da criminalização vivenciada contemporaneamente, o que leva a repensar sobre a efetividade das técnicas de tutela e garantia. Como já analisado, o caminho ideal para se chegar numa solução mais justa não é a utilização do Direito Penal em primeira e única instância. Para o Garantismo, nos moldes anunciados por Ferrajoli (2006) é preciso enxergar o Direito Penal Constitucional, como um sistema punitivo regido pela Carta Magna.

Como bem enfatiza Fischer (2006, p.97) a tarefa moderna do Direito Penal é que sejam adotados todos os mecanismos para garantir que as funções sociais sejam eficazes e garantam um bom convívio comunitário. É fundamental superar a ideia do direito penal individual, visto que certos delitos, como os econômicos, atingem a sociedade em geral, por exemplo. O novo paradigma normativo que se defende é a utilização dos direitos fundamentais não somente contra o poder estatal, mas contra qualquer ataque aos bens jurídicos fundamentais.

3.7. Prevalência da função Social do Estado

Em entendimento acostado no que preceitua Greco (2016, p.163), é possível pensar que a queda do modelo social de Estado, dando lugar ao que se convencionou nomear de Estado Penal foi decisiva para que o fenômeno da inflação legislativa ganhasse impulso e fôlego.

Nesta senda, o enorme simbolismo sobre o qual o Direito Penal atua é a ferramenta necessária para que governantes, em clara intenção populista, ofereçam respostas imediatas à sociedade, em função do aumento da criminalidade. (Greco, 2016, p. 163)

Acerca deste panorama, a lição de Wacquant (2001, apud Cogo e Martins, 2015, p.186) é esclarecedora ao apontar que o comportamento dos governos nos dias atuais prefere “[...] remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”.

Callegari e Wermuth (2010, p. 56 e 57) sobre esta postura imediatista e populista, explicam que:

A população, acoitada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a estes anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por meio de medidas legislativas. Neste contexto, o Direito Penal, no afã de dar respostas rápidas às demandas populares, assume cada vez mais um caráter simbólico, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (Silva, Sánchez *apud* Meliá, 2005, p. 59). Busca-se por meio do recurso à legislação penal uma solução fácil para os problemas sociais, relegando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido em nível instrumental.

Antes de prosseguirmos nesta análise, cumpre trazer à baila os dois padrões de infrações penais a serem combatidos - aparente e oculta.

Greco (2016, p.165) esboça tais modelos, sendo o primeiro pautado em ações cometidas por pessoas que pertencem às classes sociais mais baixas, em sua grande maioria delitos patrimoniais ou com ofensa à integridade física, saúde ou vida das vítimas – denominada de criminalidade aparente, relacionada de forma direta com a ausência do Estado Social; já o segundo modelo de criminalidade, tida como oculta e infinitamente pior do que a primeira, tem seus mentores pertencendo às altas classes sociais, traduzindo-se em um desvio de caráter, não guardando correlação alguma com a impotência estatal na gestão da coisa pública.

Acerca de como lidar com tal situação:

Entendemos ser possível reduzir, e não eliminar, a criminalidade tida como aparente a partir do momento em que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais. No que diz respeito à criminalidade não aparente [...] a questão em jogo é de caráter moral, não tendo o Estado condições para impor tais atributos às pessoas que não pensam no seu próximo, não se preocupam com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação de massa, que anunciam crianças morrendo de fome, idosos padecendo em filas de hospitais em busca de atendimento; enfim, cidadãos destituídos de dignidade porque o Estado retirou aquilo que lhes restava. (GRECO, 2016, p. 167)

Ante todo o exposto, este trabalho finca entendimento no sentido de que somente o respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais princípios é capaz de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos, evitando que a atuação do Estado, através de seu “braço penal”, viole, sob o pretexto de se estar atuando em prol da coletividade, direitos individuais constitucionais.

Nesta direção deduz-se que o ato de definir crimes e estabelecer as penas a eles adequadas deve revestir-se dos valores democráticos estampados na Constituição Federal, como se um painel se abrisse a cada lei penal editada, com a prevalência do paradigma social em detrimento do modelo penal de Estado.

CONCLUSÃO

A pesquisa que se finda intenta demonstrar que o uso do Direito Penal em primeira instância, longe de sua característica primaz de *ultima ratio* gera consequências negativas, traduzidas, principalmente, pelo desrespeito a preceitos fundamentais.

Nesta esteira, muito embora as mudanças sejam inerentes às ciências jurídicas, tendo em vista integrarem o seio social, entre construções e desconstruções, o Direito Penal serviu e ainda é utilizado como mecanismo para a justificação de políticas estatais de exclusão ou discriminação de determinada parcela ou camada social.

Notou-se da exposição trazida, que a utilização do sistema penal segue a ideologia de cada época, como se o Estado dispusesse de um conjunto de ideias relacionadas às condutas criminosas e suas respectivas penalidades para cada período pelo qual pretenda passar. Contudo, valores básicos diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana, em um arcabouço mínimo e irredutível, devem permear as ações estatais nesta seara, sob pena de se perderem no tempo e no espaço as verdadeiras finalidades dos institutos.

Destarte, contrariando os princípios basilares do Direito, fora exposto que os últimos anos se tornaram cenário perfeito para o crescimento de teses que se desenvolvessem às custas do aumento da preocupação social com a criminalidade e suas novas formas, como o crime organizado e o terrorismo, que aliada à imensa defasagem moral de parcela da população, só fizeram alimentar a insegurança e o medo. Esses sentimentos foram responsáveis por gerar um clamor popular por maior rigor no controle social, criando uma situação de emergência, onde o Direito Penal entra em cena como instrumento adequado para dotar de maior eficiência o Estado, que de Social passou, diante destas transformações paradigmáticas, para Estado Penal.

Nesta senda, o quadro de um Direito Penal de emergência, com um sistema penal estritamente punitivista recebe cada vez mais espaço fazendo com que a crença na edição de novos tipos penais incriminadores ou o enrijecimento dos já existentes sejam considerados a solução mais eficaz no combate às mazelas da sociedade.

Do exposto em linhas pretéritas pôde-se evidenciar que movimentos como o “Lei e Ordem”, “Tolerância Zero” e a tese do Direito Penal do Inimigo com suas características parecidas e a proximidade de seus núcleos, atuam com a finalidade de se utilizar da valorização do Estado Penal por meio da punição de qualquer delito como combate à criminalidade, do afastamento das garantias penais e processuais, da não busca da reintegração social do criminoso, do isolamento dos agentes delituosos, diferenciando-os dos

demais cidadãos, da criação excessiva de tipos penais incriminadores, da máxima intervenção do Direito Penal, do adiantamento da punição, do fomento a penas severas e desproporcionais, dentre outros postulados.

E, neste aspecto, o resultado da expansão dos limites de atuação do Direito Penal causa o que se convencionou nomear de hipertrofia do Direito Penal, gerando reflexos na edição de normas, fazendo com que a legislação sofra um processo de inflação legislativa, com leis penais em grande monta tutelando condutas nem sempre passíveis de proteção desta esfera jurídica, atribuindo-lhe um peso que não suporta carregar, desaguando na violação de princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima e a legalidade.

Neste teor, reafirma-se que o entendimento acerca do caráter subsidiário do Direito Penal, traduz-se na necessidade de se defender que suas previsões e sanções sejam aplicadas somente quando esgotados outros meios.

E, por fim, em concisa conclusão a respeito dos rumos do Direito Penal no século XXI, para que assim sejam enxergados e corrigidos erros e possíveis deturpações, em prol do que Rogério Greco intitula de Equilíbrio, o estudo em tela, longe de pretender esgotar os debates sobre o assunto, se erige no sentido de reiterar a importância dos princípios constitucionais penais, a fim de que estes possam balizar as ações do Estado, limitando e freando abusos, garantindo aos cidadãos dupla proteção, em um primeiro momento contra excessos na previsão de delitos, e, em uma segunda etapa, contra exageros na cominação de penas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **O Direito Penal Econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 25. São Paulo, RT, jan./mar./1999, p.142-156.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo tardio**. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt>. Acesso em: 02/09/2016, às 14hs.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. – 20 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BORDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALLEGARI, André Luís.; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

COGO, Rodrigo. **(I)legitimidade do Direito de Ingerência**: uma análise a partir da teoria crítica dos direitos humanos. 2011. 177f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

_____. [Políticas de enfrentamento à violência: reflexão garantista](https://jus.com.br/artigos/27684). In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3958, 3 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27684>>. Acesso em: 21 out. 2016.

COGO, Rodrigo; MARTINS, Lisandra Moreira. Direitos Humanos e Sociedade da (In)segurança Pública: um olhar sobre a hipertrofia legislativa e simbolismo das normas penais no Brasil. In: Duran, Angela Aparecida da Cruz; Salviano, Dabel Cristina Maria; Riva, Léia Comar. **Temas em Direitos Humanos II**: direitos contrapostos, confluência na justiça. São Carlos: Pedro & João Editores, 2015.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría**. Madrid: EditorialTrotta, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. Ed. Revista e Ampliada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 8ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2016.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Mereu José (Org. e Trad.).

_____. **Derecho Penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Manual de Direito Penal, volume I: parte geral, arts, 1º a 120 do CP**. – 28º. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba; Juruá, 2009.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte geral**. – 1. ed. 2. t. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme/SP: Editora de Direito, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SEMER, Marcelo. **Princípios Penais no Estado Democrático**. 1. ed. – São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2001.

ZAFFARONI Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<https://jus.com.br/artigos/42914/as-influencias-do-autoritarismo-penal-norte-americano-sobre-os-sistemas-penal-e-processual-penal-da-america-latina> acesso em 12/03/2016, 15:34hs.

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7edc0e1f2cfc8f4> acesso em 28/09/2016, 15:50hs.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/seletividade-do-sistema-penal-uma-abordagem-cr%C3%ADtica-acerca-dos-crimes-de-colarinho-branco> acesso em 28/09/2016, 17hs.

http://monografias.brasescola.uol.com.br/direito/critica-ao-poder-punitivo-seletividade-na-criminalizacao.htm#capitulo_4.1 acesso em 28/09/2016, 17:33hs.

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103 acesso em 03/10/2016, 17:15hs.

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12802 acesso em 03/10/2016, 16hs.

<http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>, acesso em 16/10/2016, às 15hs.

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205, acesso em 17/10/2016, às 15:40hs.