

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES  
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA, E PÓS GRADUAÇÃO  
CAMPUS DE ERECHIM  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**NATÁLIA PASQUALI MOTTIN**

**LEGISLAÇÃO PENAL DE EMERGÊNCIA FRENTE AO GARANTISMO  
PENAL: REFLEXÕES SOBRE A (DES)NECESSIDADE DE AUMENTO DAS  
PENAS MEDIANTE O CLAMOR SOCIAL**

**ERECHIM - RS**

**2017**

**NATÁLIA PASQUALI MOTTIN**

**LEGISLAÇÃO PENAL DE EMERGÊNCIA FRENTE AO GARANTISMO  
PENAL: REFLEXÕES SOBRE A (DES)NECESSIDADE DE AUMENTO DAS  
PENAS MEDIANTE O CLAMOR SOCIAL**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito  
parcial à obtenção do grau de  
Bacharel, Departamento de Direito  
da Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das  
Missões – Campus de Erechim.**

**Orientadora: Me. Diana Casarin  
Zanatta**

**ERECHIM - RS**

**2017**

**NATÁLIA PASQUALI MOTTIN**

**LEGISLAÇÃO PENAL DE EMERGÊNCIA FRENTE AO GARANTISMO  
PENAL: REFLEXÕES SOBRE A (DES)NECESSIDADE DE AUMENTO DAS  
PENAS MEDIANTE O CLAMOR SOCIAL**

**Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito  
parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, Departamento  
de Ciências Sociais Aplicadas da  
Universidade Regional Integrada  
do Alto Uruguai e das Missões –  
Campus de Erechim.**

**Erechim, dezembro de 2017.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Me. Diana Casarin Zanatta  
URI Campus de Erechim

---

Prof. Me. Luciano Alves dos Santos  
URI Campus de Erechim

---

Prof. Me. Vera Maria Calegari Detoni  
URI Campus de Erechim

À Deus, que nos criou e foi criativo nesta tarefa. Seu folego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades. Aos meus pais e ao meu irmão, que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu chegasse à esta etapa de minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado de uma parte de minha trajetória, que com certeza está apenas no seu início. Este caminho engloba autoconhecimento, esforço e superação que não considero resultado somente meu. Desejo demonstrar gratidão à algumas pessoas, às quais devo agradecer imensamente por fazerem parte de minha caminhada.

Aos meus pilares; minha mãe que em nenhum momento desde minha concepção me deixou só, e ao meu pai, que da mesma forma, sempre acompanhou de perto minhas dificuldades e com certeza ambos fizeram parte da construção de meu caráter e da pessoa que sou.

Ao meu irmão, que com todo seu carinho e amizade inigualável, sempre me deu ânimo para continuar a lutar pelos meus sonhos e objetivos.

À minha família, na pessoa do meu avô Arquile, minha avó Mirna e minha tia Rosecler, que são exemplos de pessoas às quais me inspiro em inúmeras situações de minha vida, e que desde minha existência me dão conforto e carinho em todos os momentos.

Ao meu namorado Matheus, e sempre presente amigo, que em nada mediu seus esforços para me auxiliar na divulgação e compilação de dados de minha pesquisa, bem como apoio na elaboração do restante do trabalho.

À professora Simone de Albuquerque, e Giana Sartori, pelo apoio, e auxílio na construção de meu trabalho, bem como orientação de minha pesquisa.

A todo corpo docente do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim, pela dedicação e desprendimento com que ministraram suas aulas ao longo do curso. Considero-os exemplos de grandes intelectuais e mestres, mas, sobretudo, de seres humanos, capazes de transmitir seus conhecimentos e compartilharem experiências de suas próprias vidas para auxílio da construção pessoal e profissional dos seus alunos.

Agradeço em especial à Professora Diana Casarin Zanatta, primeiramente por prontamente se comprometer a ser minha orientadora, dedicando seu precioso tempo ao apoio total ao meu assunto e por compartilhar comigo suas opiniões que sempre foram muito próximas às minhas. Agradeço

pelos conhecimentos transmitidos, por toda orientação, ajuda e por todo tempo dedicado à mim e ao trabalho, e, principalmente por ser exemplo e espelho para meus sonhos.

*“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”*

(Theodore Roosevelt)

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>Gráfico 01</b> – Faixa etária do grupo que se submeteu à pesquisa pública realizada no mês de agosto de 2017.....	66
<b>Gráfico 02</b> – Renda mensal apresentada pelo grupo que se submeteu à pesquisa pública no mês de agosto de 2017.....	67
<b>Gráfico 03</b> – Profissão atual ocupada por cada indivíduo que se submeteu à pesquisa de opinião pública no mês de agosto de 2017.....	68
<b>Gráfico 04</b> – Nível de segurança pública considerada individualmente por cada pessoa que se submeteu à pesquisa pública em agosto de 2017.....	69
<b>Gráfico 05</b> – Eficácia na aplicação da pena quanto ao submetimento do criminoso à Lei Penal.....	70
<b>Gráfico 06</b> – Intimidação do possível delinquente através do asseveramento da pena de um crime já existente ou mediante a tipificação de um novo crime.....	71
<b>Gráfico 07</b> – Ideia de segurança gerada na sociedade perante a existência de Leis Penais que geram punições aos delinquentes, frente aos mais diversos crimes.....	72
<b>Gráfico 08</b> – Consideração do grupo submetido à pesquisa de opinião pública quanto a pena mais adequada para uma eficaz punição à condutas praticadas na esfera dos crimes hediondos.....	73
<b>Gráfico 09</b> – Tendo em vista o lançamento massificado na mídia de notícias sobre o crime de abigeato (furto de gado), que tem se multiplicado em municípios do interior de grande parte do país, haveria uma diminuição na incidência de tal crime, caso a pena prevista nesta Lei fosse mais severa.....	75
<b>Gráfico 10</b> – Julgamento de assertiva relacionada a ideia de que quanto mais elevada for a pena prisional prevista para um delito, menor a chance do mesmo ser cometido.....	76



## RESUMO

A presente pesquisa, de cunho analítico descritivo, utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica e de campo, através da análise de dados públicos coletados, buscando verificar a relação entre o clamor social desenfreado do país frente à criminalidade a qual está submerso. A análise histórica feita no primeiro capítulo buscará retratar os primórdios do direito de punir e da pena, que farão um viés a atual concepção de punição do Brasil na atualidade. Os movimentos de política criminal também serão explanados, dando uma dimensão mais específica quanto à origem dos sistemas penais adotados nos mais diversos países, dando uma atenção maior de fato ao ordenamento jurídico penal brasileiro. O direito penal mínimo e o garantismo penal, serão tema bastante discutido no referido trabalho, pelo fato de que está sendo muito refletida a utilização do garantismo penal nos discursos mais atuais relacionados ao direito penal. O direito penal máximo, juntamente ao dever e ordem também serão estudados, fazendo um contraponto ao direito penal mínimo, mencionado acima. Em última análise, será citado o movimento penal abolicionista, que prima pela mínima intervenção das leis penais na esfera criminológica. O temor social prestigiará um capítulo, vez que merece destaque por desdobrar-se em um estado de emergência penal, o qual tem sido alternativa primária utilizada pelo Estado na busca do combate fácil e rápido à criminalidade. Este fato tem deixado de lado o investimento em políticas alternativas sociais que merecem primazia para o bom funcionamento de qualquer estado democrático de direito. A composição dos valores sociais fará contraponto ao que a sociedade vem clamando nos últimos tempos. Valores tidos como primordiais tem sido deixados em segundo plano, os quais a população tem dado menos atenção. A falta de consenso entre as pessoas, tem gerado tamanho ódio em situações que eram comumente resolvidas através do diálogo, tem resultado conflitos onde o direito penal é o maior (e talvez o pior) mediador. A política criminal tem sido utilizada como espetáculo, onde a *ultima ratio* é tida como primeira fonte na resolução de problemas sociais, demonstrando uma utilização de um Estado fraco, inseguro, e ineficaz. Os crimes contidos no Código Penal brasileiro, considerados sob à luz da legislação penal simbólica serão estudados para dar mais realidade ao estudo, e deixar o leitor mais próximo da realidade através de exemplos. O estudo apresenta os resultados de uma pesquisa pública realizada pela autora, com o objetivo de reforçar ainda mais o posicionamento e demonstrar a real opinião da população, que neste ato foi representada por 220 (duzentas e vinte) pessoas que se submeteram ao questionário disponibilizado em rede social, confirmando a falsa sensação de que as leis penais são inibidoras da criminalidade.

**Palavras chave:** Legislação de emergência. Garantismo penal. Clamor social. Lei simbólica. Aumento de penas.

## ABSTRACT

The present descriptive analytical research used the technique of bibliographical and field research, through the analysis of public data collected, searching to verify the relationship between the unbridled social outcry of the country against the crime to which it is submerged. The historical analysis made in the first chapter will seek to portray the beginnings of the right to punish and punishment, which will take a bias to the present conception of punishment of Brazil in the present time. The criminal policy movements will also be explained, giving a more specific dimension to the origin of the penal systems adopted in the most diverse countries, giving a deeper attention in fact to the Brazilian criminal legal system. Minimal criminal law and criminal guaranty will be discussed in this work, because the use of criminal guaranty in the most recent discourses related to criminal law is being very much reflected. The maximum criminal law along with duty and order will also be studied, making a counterpoint to the minimum criminal law mentioned above. In the final analysis, the abolitionist criminal movement will be cited, which will pay for the minimal intervention of criminal laws in the criminological sphere. Social fear will preside over a chapter, since it deserves to be highlighted in a state of criminal emergency, which has been the primary alternative used by the State in the search for an easy and rapid fight against crime. This fact has left aside the investment in alternative social policies that deserve primacy for the proper functioning of any democratic state of law. The composition of social values will counteract what society has been clamoring for lately. Values considered primordial have been left in the background, which the population has given less attention. The lack of consensus among people, has generated such hatred in situations that were commonly resolved through dialogue, has resulted in conflicts where criminal law is the largest (and perhaps the worst) mediator. Criminal policy has been used as a spectacle, where *ultima ratio* is considered the first source in solving social problems, demonstrating a weak, insecure, and ineffective state. The crimes contained in the Brazilian Penal Code, considered under the light of symbolic penal legislation will be studied to give more reality to the study, and to leave the reader closer to reality through examples. The study presents results of a public search of the author, with object to reinforce even so more the positioning and demonstrate the real opinion of the population, in this act represented by a 220 (two hundred twenty) people, who submitted to the available questionnaire in social network, confirming the false sentence that criminal laws are inhibiting criminality.

**Keywords:** Emergency legislation. Criminal guarantees. Social outcry. Symbolic law. Increased feathens.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 O DIREITO DE PUNIR E A PENA .....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 Retrospecto Histórico.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 Movimentos de Política Criminal.....</b>	<b>20</b>
2.2.1. Direito Penal Mínimo e o garantismo.....	22
2.2.2 Direito Penal Máximo, dever e ordem.....	26
2.2.3 Direito Penal Abolicionista.....	29
<b>3 TEMOR SOCIAL.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1 Estado de Emergência.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2 Recurso para Implantação do Estado de Emergência.....</b>	<b>40</b>
3.2.1 Movimento da Lei e Ordem.....	41
3.2.2 Teoria da Vidraça Quebrada.....	42
<b>4 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DAS LEIS PENAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>4.1 Composição dos Valores Sociais e o Clamor Social.....</b>	<b>48</b>
<b>4.2 Estado Penal Forte x Estado Penal Fraco: a política criminal como espetáculo .....</b>	<b>53</b>
<b>4.3 Crimes sob a luz do Simbolismo Penal brasileiro.....</b>	<b>56</b>
<b>4.4 Estabelecendo o diagnóstico da atual (in)segurança jurídica social.....</b>	<b>65</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>85</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A motivação para o presente estudo reside em analisar uma grave problemática que envolve o direito penal na atualidade, qual seja, é reflexo das constantes mudanças sociais e das discrepâncias entre as classes. O Direito Penal se vê à frente de um urgente apelo que ecoa de todos os lados: a mídia veicula a todo tempo inúmeras notícias sobre os mais diversos crimes, de forma espetacularizada e dramatizada, despertando na população um encanto pelas punições. Buscando-se, desta forma, uma resposta imediata do Estado, que responde através de uma fonte que não foi criada com este fim, a Lei Penal incriminadora.

Assim como citavam penalistas, aproximadamente no século XVII, o poder midiático e popular, incendiava as demandas do fogo das paixões, explicitando a emergência incontrollável daqueles que se sentem inseguros frente às barbáries que acontecem à sua volta. Diante do medo da população, gerado pela prática de delitos, muitos Monarcas, por exemplo, tomados por esta tal paixão, usavam a emergência para cometer atrocidades contra inimigos, não se distanciando da realidade atual, como vem ocorrendo na sociedade brasileira contemporânea, a qual vive em uma consequente emergência.

Levado pelo clamor social, o legislador, aluído também pelo alto índice da insegurança e por ter que responder rapidamente à tal problemática, não encontra outra resposta senão esta emergencial, que tende a ser fortemente repressiva, para obter um resultado, mesmo que simbólico, de forma rápida e fácil, abrandando a ira da sociedade. Acaba sendo o Direito Penal, usado como instrumento de solução de problemas, porém, sabe-se que seu uso indiscriminado acaba por não resolvê-los, acreditando-se que se a pena for pouca o crime compensa, e jamais o crime pode ser algo bom.

Na práxis forense a aplicação do garantismo vem tratando apenas da proibição do excesso da atuação estatal perante o indivíduo, sem dar tento à proibição de insuficiência da atuação estatal perante todos. Nessa acepção, merece relevo a aplicação do garantismo penal frente ao princípio da proporcionalidade, o qual, quando aplicado, acaba por proibir excessos e, na mesma linha, evita a insuficiência.

A deficiência de delimitação da lei penal, a falta de eficácia da técnica de legislar, e os interesses puramente políticos, colaboram para a deplorável ideia de que

o Direito Penal pode resolver tudo. O discurso de punição emergencial ajuda na concretização do inimigo, que é preciso ser combatido, e, assim, avança a humanidade no sentido de que a emergência tente fazer frente à criminalidade, levando o Direito a uma crise contemporânea, a qual confia à polícia e ao poder do Estado (político) funções próprias do Judiciário, com efeitos destrutivos sobre o sistema de garantias.

Ressalte-se, a importância da demonstração feita no segundo capítulo, que trata do Direito de Punir e da Pena. No que se refere à retrospectiva histórica feita, muito bem se tem estratificado na obra de Cesare Beccaria, onde traça-se uma linha tênue entre o que se vive hoje em relação ao direito penal e sua aplicação, frente a necessidade da criação da Pena no passado.

Após a explanação histórica de tal capítulo, faz-se adendo aos movimentos de política criminal, que se desdobrarão em direito penal mínimo e o garantismo, direito penal máximo e o dever e a ordem, e o direito penal abolicionista. Os movimentos de política criminal buscam projetar as diferentes maneiras as quais se dá o delito, sendo eles intervencionistas quando se prima pela ampliação do controle do Estado (confiam no Direito Penal), e não intervencionistas quando conservam a diminuição do direito penal na resolução de conflitos, dando mais valor aos processos e agentes de controle social.

O Direito Penal mínimo encontra-se condicionado e limitado ao Direito Penal máximo. Corresponde ao grau máximo de tutela de liberdade da população frente ao arbítrio do Estado, e também a uma ideia de racionalidade. A intervenção penal mínima é reforçada pela ideia de que nenhuma pessoa inocente será punida ou pela incerteza de que algum culpado fique impune. Prima pela punição somente daqueles casos que se tenha comprovada a culpabilidade do agente.

Por sua vez, o direito penal máximo apresenta-se como método de excessiva severidade, por conta de ser incerto e imprevisível em suas condenações e penas, sendo, desta forma, um sistema de poder não controlável racionalmente perante a inexistência de parâmetros racionais para uma análise para aprovação ou anulação. Apesar disto, muitos penalistas defendem ser medida eficiente para estabilizar a paz no país e os distúrbios sociais.

A corrente abolicionista defende que o sistema penal, e mais especificamente a pena, detém em sua maioria efeitos negativos, primando pela eliminação total do

controle formal em decorrência do delito, que deve priorizar a aplicação de soluções informais para solução dos conflitos.

O terceiro capítulo do trabalho abarca o temor social enfrentado pela sociedade brasileira na atualidade, o qual desencadeia a criação de um estado emergencial. Estado de emergência é considerado um argumento sem fundamentação que tenta justificar a forma truculenta do Estado exercer seus poderes, com fulcro de que uma crise desestabilizou o *status quo ante*, que desestabilizou os comportamentos considerados como normais dentro da sociedade.

A emergência em se fazer algo às pressas e com poucos recursos vem à tona. O sentimento por uma resposta rápida, barata e efetiva que venha ser reorganizadora frente a instabilidade estatal inflada, surge, em meio ao desespero perante as incertezas do que pode acontecer, deixa em voga a carência da norma e a necessidade de atuações estatais complementares, alheias às previstas e que tem sido utilizadas. A falta de entendimento frente à criminalização, sem qualquer anteparo das normas vigentes (lê-se Constituição Federal), legitima leis que são remendos retóricos, sem qualquer conteúdo significativo.

Este mesmo capítulo tratará de alguns recursos utilizados em diversos países para a implantação deste estado de emergência. O primeiro, movimento da lei e ordem trata-se de uma política criminal, a qual tem como finalidade transformar conhecimentos empíricos criminais, através de alternativas e programas a partir de sua perspectiva. Bastante difundido nos Estados Unidos na década de 70, este movimento buscava a máxima repressão e o alargamento das leis penais incriminadoras com a pena, a prisão, a punição e a penalização da maior quantidade possível de condutas ilícitas.

Este movimento, por muito tempo, separou a sociedade em dois grupos. Um grupo de pessoas tidas como pessoas do bem, as quais mereciam a proteção legal das normas penais, o segundo grupo era composto por homens maus, os delinquentes, os quais se endereçaria toda severidade da lei penal. Os adeptos deste movimento vêm neste o único meio para diminuir a criminalidade, sendo o endurecimento das penas a melhor alternativa (inclusive a pena de morte), pois assim os homens maus sairiam da sociedade e se faria justiça às vítimas.

Por sua vez, a teoria da vidraça quebrada surgiu de uma experiência feita por psicólogos americanos, os quais, após alguns estudos, concluíram que a desordem

gera desordem. Por este fato, qualquer ato desordeiro, por mais insignificante que possa parecer, deve ser reprimido, caso contrário, ele pode difundir outros crimes mais graves a partir deste.

O quarto capítulo deste trabalho tratará sobre a função simbólica das leis penais, reforçando as ideias já difundidas e estudadas nos capítulos anteriores. Além das funções legítimas desempenhadas pelo direito penal (coibição de condutas que oferecem perigo, proteção da população frente as reações sociais desencadeadas pela prática dos crimes e proteção dos indivíduos perante o poder estatal), ele pode também desempenhar funções ilegítimas, dentre elas, a chamada função simbólica.

O Direito Penal simbólico utiliza-se do medo e insegurança gerada na população para criar uma falsa atmosfera de tranquilidade ao invés de dedicar-se a criação de normas que realmente protejam os bens jurídicos, ou investir em programas de políticas públicas e sociais a fim de evitar e oferecer meios para um convívio saudável da sociedade. O legislador preocupa-se somente em criar uma sensação ilusória de que o crime está sob controle do Estado, dizendo ao povo aquilo que ele deseja ouvir, mesmo que isso signifique abrir mão do objetivo verdadeiro do direito penal: combater a criminalidade.

O desdobramento deste capítulo aborda um viés desta problemática enfrentada pelo país, qual seja a contribuição da mídia tida como sensacionalista, a qual lança bombas de notícias tendenciosas sobre fatos criminosos e critica severamente as normas penais, sem qualquer fulcro científico, gerando uma grande insegurança e uma sensação de que o crime é algo corriqueiro e normal. Questões como razões, contextos, não são discutidas, pois isso não aumenta audiência e não vende jornal.

Os crimes sob a luz do simbolismo penal brasileiro, retratará alguns exemplos de crimes tidos como meramente simbólicos – Lei dos crimes hediondos, feminicídio, Lei do Crime Organizado, Lei Maria da Penha, etc.

Ao decorrer do estudo teórico, será demonstrado que o constante aumento dos crimes exige de todos os operadores da Lei, esforços imediatos para seu funcionamento adequado. Todos possuem direito de viver com segurança, tendo os bens jurídicos protegidos pelo Estado. Segundo a ideia americana do *Law and Order*, chegou ao Brasil, tendo como ideia basilar que as leis penais mais severas irão sanar o problema da criminalidade. A dramatização da violência não pode conduzir à

população a um equívoco de um direito penal do terror, apoiado no medo e na drástica repressão, para ter eficácia é necessário medidas de caráter racional, e não mudanças legais sem fundamentos, somente para dar uma resposta fácil e rápida para população.

O desenvolvimento do trabalho será embasado em pesquisas bibliográficas, pesquisas jurisprudências, bem como levantamento de dados que comprovam esta ideia de “segurança” causada com o aumento das penas, feito através de uma pesquisa de campo, realizada de forma pública e anônima em redes sociais, com o intuito de demonstrar a opinião da população, que nesta pesquisa foi representada por 220 (duzentas e vinte) pessoas que se submeteram a tal questionário.

A pesquisa propôs averiguar a efetividade das leis na esfera penal no Brasil. Para tanto, fez-se necessário desenvolver um diagnóstico do sistema de justiça penal implantado atualmente no país. As respostas obtidas vieram como reforço as ideias iniciais da autora, em demonstrar as falhas que se operam na utilização de um sistema fragilizado, remontando ao enfraquecimento causado ao sistema jurídico penal com a aplicação da legislação penal simbólica emergencial.

Este trabalho tem por objetivo estabelecer uma análise baseada nos mais diversos conceitos criados pela doutrina referentes ao tema. No transcorrer do trabalho a explanação das ideias e conceitos referentes ao garantismo, desde sua história até sua aplicação na atualidade, até as questões dos crimes tidos como simbólicos no ordenamento jurídico do país, servem como base para possíveis conclusões sobre o assunto.

A autora, ao final deste trabalho pretende refletir sobre a eficácia ou não destes princípios frente à criminalidade enfrentada no país, bem como estabelecer a opinião de parte da população, que foi representada por um grupo de pessoas que se submeteu ao questionário proposto pela mesma.



## 2 O DIREITO DE PUNIR E A PENA

Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...) a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade (BECCARIA, 1996).

A compreensão da problemática apresentada no que se refere a atual inflação da legislação penal considerada emergencial frente ao garantismo penal, requer que seja elaborado um retrospecto histórico acerca do Direito de Punir e a Pena. A construção da ideia de punir é antropológica, em alguma época incerta, o homem encontrou como solução para melhorar seus semelhantes, a punição, e assim, por séculos, tem-se utilizado da ideia de que punir é o melhor meio para resolver conflitos (KERSTENETZKY, 2012).

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos penais do indivíduo, tais como a vida, liberdade, honra, integridade física, patrimônio, entre outros. Dá-se ao Estado o preceito primário, o direito-dever de punir, onde através da aplicação do preceito secundário, irá punir o infrator da norma. Quando é cometido um crime, a pretensão que até então era genérica, transforma-se em uma pretensão individual, que irá se dirigir ao transgressor da norma.

### 2.1 Retrospecto Histórico

O homem, que até então vivia isolado, e de forma independente, passou a se unir em sociedade. Com isso, surgiram conflitos de ideias, o que acabou gerando um estado de guerra contínuo. Cansados de viver daquela forma, decidiram sacrificar parte de sua liberdade imensamente disponível para fazer o que bem entendessem, para que pudessem aproveitar o que restasse dela com segurança e liberdade, acreditando assim, que, punindo o semelhante, ele iria melhorar e voltar para a sociedade de uma forma íntegra e renovada. Tem sido assim por inúmeros séculos desde que o homem tem se organizado, tendo em mente que punir é o melhor intento na resolução dos conflitos.

Todos os homens são iguais em sua natureza e em um estado anterior a qualquer formação governamental. Individualmente, para manter sua preservação de liberdade e adquirir domínio sobre os outros, instituiu-se as guerras. A sociedade,

através de um acordo entre pessoas, pode evitar esta problemática, através de um acordo livre entre os cidadãos e o governo (HOBBS, 2009).

Para Beccaria (2000), a liberdade que era retirada, em partes, construiria a soberania nacional:

A soma dessas proporções de liberdade sacrificada pelo bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava construir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos (BECCARIA, 2000, p. 41).

Entre os motivos necessários para discutir o espírito despótico de cada homem, a pena, que era então estabelecida contra o infrator das leis. As más condutas sempre existiram na vida em sociedade. Inicialmente, em alguns povos elas representavam ofensas às Divindades, mais adiante, eram uma afronta à vontade do Soberano e, hoje, nas tida como infrações penais, contrárias à Lei, ao Direito.

Neste sentido, pode-se afirmar que os povos mais antigos não tiveram uma total privação de liberdade considerando-a como sanção penal. Existiu sim o encarceramento de desobedientes à Lei, porém, ela não tinha caráter de pena e era embasada em outras razões. Até fins do Século XVIII a prisão, por exemplo, serviu somente aos objetos de contenção e guarda de réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados (BITENCOURT, 2011). Neste período as penas eram mais severas do que a conhecida prisão, usava-se muito a pena de morte, mutilações, açoites e as penas infamantes.

Surgiu então a tão importante Escola Clássica, que teve origem no período onde imperava o Iluminismo, a qual teve duração de aproximadamente 100 anos (entre meados do século XVIII a meados do século XIX), teve como pilar base e marca mais importante o livro *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria (2000). A Escola empreendeu forte racionalização do poder de punir, desta forma, garantindo a proteção do indivíduo frente a toda intervenção estatal arbitrária. Beccaria pressupôs então, a Legalidade, algo que mais tarde foi consubstanciado por Feuerbach, na fórmula conhecida como *nullun crimen nulla poena sine praevia lege*. Assim, somente o legislador estabeleceria leis penais, as quais expressariam as penas de cada crime. Foi deste mesmo período que derivou-se o tão importante princípio norteador em que

resta claro a indispensabilidade de leis gerais e escritas em linguagem comum (traduzidas para o idioma necessário) e como terceira consequência, a pena deve ter como função a prevenção delituosa (BECCARIA, 2000).

O Direito de Punir, surge da necessidade do Soberano em punir os delitos da sociedade, em defender o depósito do bem comum das usurpações particulares, e, tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos. Foi a necessidade que fez o homem ceder parte de sua própria liberdade, porém, é certo que cada um só queira deixar no depósito a menor porção possível, apenas a suficiente para induzir os outros a defendê-lo. A junção dessas pequenas porções gera o direito de punir, o resto é abuso, não justiça, é fato, mas não é direito (BECCARIA, 2000).

Como consequência deste direito de punir, para um melhor entendimento serão elas divididas em quatro. A primeira consequência é que somente as Leis podem deliberar as penas sobre os delitos, e a única pessoa que pode fazê-la é o Legislador, que neste ato, está representando a sociedade como um todo, portanto, é conclusivo que nenhum magistrado (mero operador da Lei e membro comum da sociedade), sob qualquer pretexto, aumente uma pena à um cidadão delincente. (BECCARIA, 2000).

A segunda consequência é que se cada ser humano faz parte de uma sociedade e à ela está ligado e nela está inserido, essa sociedade, está, da mesma forma, ligada a cada componente, através de um contrato, o qual estabelece mutua obrigação. Esta ligação faz igual o mais miserável ao mais poderoso, o que significa que o interesse da maioria deve ser observado, onde nenhum pacto deve ser desobedecido, o que desencadearia uma anarquia, conforme explicita Beccaria (2000):

O soberano que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais que obrigam a todos os membros, mas não pode julgar se um deles violou o contrato social, pois então a nação se dividiria em duas partes: uma representada pelo soberano, que afirmaria a violação do contrato, e a outra, pelo acusado, que a negaria. É pois necessário que um terceiro julgue a verdade do fato. Eis, então, a necessidade de um magistrado cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam em meras asserções ou negações de fatos particulares (BECCARIA, 2000, p. 45).

A terceira consequência diz respeito às provas das penas - ainda que se provasse que a atrocidade das penas, não sendo imediatamente oposta ao bem

comum e ao próprio fim de impedir os delitos, fosse apenas inútil, ela seria, ainda assim, que prefere comandar homens felizes a um rebanho de escravos em meio aos quais circulasse perenemente uma crueldade temerosa, mas seria contrária também à justiça e à natureza do próprio contrato social (BECCARIA, 2000).

A última consequência diz respeito à interpretação das Leis, onde deixa claro que nem mesmo a faculdade de interpretar as Leis deve caber ao juiz, por não serem eles legisladores, os quais só estão recebendo a Lei como um vínculo para pausar a agitação dos interesses da sociedade. Surge então a pergunta, quem deve então interpretar a Lei se não o juiz? A doutrina entende majoritariamente da seguinte forma:

Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido ou quiser formular mesmo que só dois silogismos, estará aberta a porta à incerteza. [...] Cada homem tem seu ponto de vista; o mesmo homem, em épocas diferentes tem pontos de vista diferentes. O espírito da Lei seria, portanto, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto [...] (BECCARIA, 2000, p. 46-47).

A finalidade da pena, para Beccaria (2000), é impedir que o delituoso cause novos danos aos seus colegas de sociedade, e inspirar os demais a fazer o mesmo, e que sejam tão eficazes e duradouras nestes réus que nunca mais voltem a praticar algum delito.

Explícitas as raízes dos paradigmas centrais do direito de punir, resta claro que o Estado é detentor do *jus puniendi*: “No momento em que é cometida uma infração, esse poder, até então genérico, concretiza-se, transformando-se numa pretensão individualizada, dirigida especificamente contra o transgressor” (CAPEZ, 2016), na contemporaneidade à luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 144, caput, vê-se que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, tendo o Estado um poder-dever de agir.

Vale ressaltar que estes processos pelos quais a sociedade passou, refletem-se em um termo chamado secularização, onde, a partir do século XV, foi responsável pela mistura entre a até então cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas, entre o clero e a produção das ciências. Até então, toda resposta dada aos fenômenos mundanos era com embasamento clérico, o qual, em uma de suas vertentes, acabava

ligando a moral e o direito (penal). O processo de secularização possibilitou o saber sendo fundado na razão do homem, o que gerou mais tarde a universalização dos direitos do homem. A mistura entre a moral e o direito na tangente penal, deu espaço para a intervenção jurídica no pensamento, criminalizando e aplicando penas aos indivíduos através de convicções que passavam a se formar na mente do homem, pensamentos, e ideias pessoais.

Nota-se também que com o passar do tempo amenizou-se a severidade das penas, afinal, há mais respeito e humanidade, a pena deixou de ser aplicada substancialmente ao corpo do criminoso, e passou a ser dirigida a outras partes do ser humano (razão, vontades, disposições, intelecto, sentimentos). Uma vez que recebida de forma mais humana e mais adequada, o intuito da pena espalhou-se pelos diversos tipos de sociedade e se arraigou na maioria das legislações vigentes.

## **2.2 Movimentos de Política Criminal**

Segundo Pierangeli e Zaffaroni (2006, p. 117), “[...] a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens que devem ser tutelados jurídica e penalmente, [...], o que ineludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.” Baratta (2014) conceitua política criminal, como uma política de transformação social e institucional, entre todos os instrumentos de política criminal, o direito penal é em última análise o mais inadequado.

O prisma desta política criminal é radicalista, pois advém de uma teoria que reconhece que as questões penais estão ligadas à contradições, não resolúveis, atuando sobre estas relações somente como um corretor. É por isso que esta política vai muito além do princípio reformista e humanitário, vai à fundo nas reformas sociais e institucionais para desenvolver igualdade, democracia, bom convívio e alternativas humanas.

A Política Criminal é tratada como disciplina, e, oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para o eficaz controle da criminalidade. É de suas proposições e mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades atuais que é o crime (SANTOS, 2005).

Até o fim do século XIX, estudiosos afirmavam que a hoje, chamada dogmática jurídico-penal, era a única fonte científica que poderia ser utilizada para aplicar o Direito criminal, ou seja, a única que poderia ser utilizada pelos penalistas. Após alguns anos, com ideias do então criminologista Franz von Liszt, em criar relações entre estes pensamentos acerca do crime, fez surgir um modelo tripartido chamado ciência conjunta do direito penal. Apesar de ter sofrido inúmeras críticas, a ideia foi incorporada ao longo do século seguinte, tornando-se ponto de referência para compreender corretamente o mútuo relacionamento entre a dogmática jurídico-penal, política criminal e criminologia.

O Estado que até então era subordinado a esquemas estritos de extrema legalidade formal e processual, porém adepto à metodologia jurídica de inspiração positivista. A competência para definir o sentido e os limites da punibilidade não podia pertencer a quaisquer outras instâncias que não as normas legais advindas da vontade do legislador histórico (BATISTA, 2007). Portanto, restava assim, para a política criminal a função de análise da realidade criminal que estavam inseridos, e dirigir para o legislador algumas recomendações e propor novos temas para reforma penal.

Esse Estado foi sendo, gradativamente, substituído pelo Estado Social, ainda abrigando uma legalidade formal, mas em favor de desenvolvimento do sistema social, deixando um pouco de lado o jurídico, e relevando mais o social. Foi chegado o tempo em que a política criminal teve independência frente ao Direito Penal dogmático, conforme suscita Dias (1999):

O simples diálogo entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal torna-se impossível, ou se possível for, transforma-se num diálogo de surdos. Numa palavra, à desejável cooperação entre as ciências integrantes da antiga 'ciência conjunta' do direito penal substitui-se a ignorância mútua própria de '*frères ennemis*' (DIAS, 1999, p. 29).

Esta migração de um Estado de Direito em Estado de Direito Material, que alargou a função do Direito Penal, deu vez para a Política Criminal reforçar sua autonomia, e conquistar prestígio frente à dogmática penal. Trazendo a Política Criminal para o Direito Brasileiro, é de suma importância ressaltar, desde logo, que o ramo repressivo do Direito não é a única solução dada pela Política Criminal no quesito diminuição da violência. Como exemplo, será demonstrada as inúmeras

outras medidas de cunho político, que vem com eficácia sendo adotadas a partir das conclusões da Política criminal.

Em 2003, quando o Ministério da Justiça arquitetou seu plano de combate à lavagem de dinheiro, foram propostos, seis objetivos centrais e trinta e duas metas, sendo que, vários não possuem natureza repressivo-penal. O tempo em que se vive é o da Política criminal:

É das suas proposições ou mandamentos fundamentais, encontrados no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política social, que será lícito esperar um auxílio decisivo no domínio desse flagelo das sociedades atuais que é o crime (DIAS, 1999, p. 21).

Divide Bianchini (2008) em três os movimentos de Política-Criminal: o punitivista, o abolicionismo e o minimalismo penal. Eles são divididos relativamente à tanto a maiores ou menores vínculos garantistas internos ao sistema, quanto a quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas (FERRAJOLI, 2002).

### 2.2.1. Direito Penal Mínimo e o garantismo

No século XIX data-se a primeira vez que em que expressão garantismo foi utilizada, pelo socialista Charles Fourier (1772-1837), sendo ela uma etapa anterior ao socialismo cooperativista defendida pelo teórico. O garantismo fourieriano servia como uma espécie de etapa de seguridade social, onde os indivíduos das classes mais baixas da sociedade seriam assistidos pelo Estado (forma de obtenção de sustento e crescimento). No século XX, de acordo com Souza (2017) a expressão passou a ter utilidade na Itália, berço do garantismo penal:

A Itália, com efeito, saiu arruinada da Segunda Guerra Mundial, com a economia estagnada e politicamente dividida entre a Democracia Cristã, apoiada pela igreja católica, e o Partido Comunista. Porém, a partir de 1950, o país passou a viver seu milagre econômico, em muito fomentado com recursos oriundos do Plano Marshall. Era, pois, época da guerra fria. Se, como em outros países da Europa, havia dinheiro americano injetado na economia, existia também forte influência soviética. Especificamente na Itália, o Partido Comunista Italiano participava do jogo democrático, mas colocando em marcha uma revolução cultural silenciosa, usando as regras da democracia. Mas o discurso da extrema esquerda, crítico do fato de o PCI utilizar uma estratégia considerada excessivamente moderada, apregoava uma ruptura mais radical e mais drástica. No entanto, em que pesem as

aparentes divergências estratégicas, é evidente que ambas as correntes eram revolucionárias, e que o momento de prosperidade nacional não proporcionava o ambiente necessário para a eclosão de uma revolta de massas. Para tanto, havia a necessidade de gerar um contexto de desestabilização social. Assim, *per faz et per nefas*, o movimento revolucionário prosseguia sua marcha, apostando nas duas estratégias ao mesmo tempo, conforme a boa e velha dialética marxista – na variante conhecida como estratégia das tesouras (SOUZA, 2017, p. 140-141).

O Direito Penal mínimo é limitado ao máximo, corresponde ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, bem como a um ideal de racionalidade e de certeza. Dessa forma, exclui-se a responsabilidade do Direito Penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados os pressupostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza de pela razão é o critério do *favor rei*, o qual exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena (FERRAJOLI, 2002).

Segundo Ferrajoli (2002), a este critério estão referenciados princípios como a presunção de inocência do acusado até sua sentença final, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da veracidade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Todos estes casos descritos servem para reduzir ou eximir a intervenção do Direito Penal quando não motivados por argumentos seguros.

A certeza do Direito Penal mínimo está na tese de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune, assegurando a máxima tutela das liberdades individualistas acerca das ofensas ocasionadas por penas arbitrárias, conforme nos traz Ferrajoli (2002):

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é na realidade, resolvida por uma presunção legal da inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. Ademais, esta é a forma lógica de todos os princípios garantistas antes formalizados, os quais, como se tem observado, estabelecem as condições



necessárias, em cuja ausência não é lícito punir, e nem aquelas suficientes, em cuja presença não é lícito deixar de punir (FERRAJOLI, 2002, p. 85).

O modelo teórico minimalista, preza que não é legítima qualquer imposição de pena sem que ocorra um fato exterior, danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto pela lei como delito, sendo necessária sua proibição e posterior punição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais e processuais, a necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação pública, em processo contraditório e regular, julgado posteriormente por um juiz imparcial (CARVALHO, 2004).

As condições empregadas são onze: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Estes seriam, pré-requisitos fundamentais, sem os quais a responsabilidade penal e a aplicação da pena seriam impossíveis. Cria-se assim, o sistema garantista, seguindo a tradição escolástica, a partir das famosas máximas latinas: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione. Nulla accusatio sine probatione; e, nulla probatio sine defensione* (FERRAJOLI, 2002).

A secularização, por exemplo, desqualificando a criminalização de condutas imorais e atuando como externa de legitimidade, delimita atividade legiferante, estabelecendo, político-criminalmente, um programa de intervenção mínima. A partir disso, o garantismo penal, elabora internamente, critérios negativos de formulação legislativa, tanto no que diz respeito a teoria da lei penal, quanto aos efeitos perante a teoria do delito, mais especificamente em relação a tipicidade e culpabilidade (CARVALHO, 2004).

A principal base do garantismo é o princípio da legalidade, assim entendido como:

[...] uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que apenas as leis (e não a moral ou outras fontes externas), dizem aquilo que é o delito, e que as leis digam apenas o que é o delito (não o que é pecado) (FERRAJOLI, 2002, p. 370).

O Direito Penal tem como alicerce a proteção dos bens jurídicos da sociedade, porém, ela não pode ter um fim em si mesmo. Somente afrontas a bens jurídicos relevantes devem ser repreendidos, não será, por exemplo, lícita, a criminalização de uma conduta na qual não seja possível se palpar uma ameaça mínima a um bem juridicamente protegido. Esse mesmo Direito Penal deve coibir a prática de condutas que ponham em risco os componentes da sociedade. Para este Direito Penal mínimo a pena nada mais é que a reação violenta que o Estado tem para com os cidadãos que cometem atos ilegais contra seus semelhantes.

Denomina-se, por estes fatos, o Direito Penal como um Direito fragmentário, o qual pinça bens jurídicos que ostentem maior importância, protegendo apenas violências grandes, e fatos intolerantes. Acredita-se que devam ser utilizados outros meios alternativos ao Direito Penal, até que seja cabível sua aplicação, como a utilização do Direito Civil ou Administrativo, deixando o Direito Penal como mero subsidiário, um apoio, a *ultima ratio* (ROXIN, 2011).

A *ultima ratio* defende a utilização de sanções penais como último recurso para resolução de problemas sociais, sendo meio anterior e eficaz, a aplicação de multas, sanções disciplinares, revogações de concessões, entre outros, conforme Roxin (2011):

O princípio da *ultima ratio* (também chamado subsidiariedade) indica-nos que a pena é o último recurso de que dispõe o Estado para resolver os conflitos sociais. Em outras palavras, que somente pode recorrer ao Direito Penal quando fracassado as outras instâncias de controle social que tenham capacidade para resolver o conflito é cada vez mais frequente a denúncia de utilização do direito penal, não como *ultima ratio* senão como *sola* ou *prima ratio* para solucionar os conflitos sociais. (ROXIN, 2011, p. 94-95).

Desta forma, caso a conduta seja de grande proporção, que realmente mereça a aplicação do Direito Penal, é preciso adotar medidas punitivas adequadas caso à caso, aplicando penas proporcionais e humanas, nas palavras de Bianchini e Gomes (2006):

Portanto, incomodações de pequena monta, ou que causem diminutos dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância jurídico-penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social. Restringe-se, pois, a atuação estatal, às condutas que causem à sociedade dano de que ela se ressinta intensamente (BIANCHINI e GOMES, 2006, p. 23).

Também não é correto dizer que a utilização do Direito Penal fica restrita à uma discussão intermitente quanto à eficiência de outros meios, que sejam menos ferozes e mais eficientes, ao menos no seu alcance social. O que este minimalismo defende é que o Direito Penal deve ter aplicação nas hipóteses em que a proteção do bem jurídico não possa ser feita diversamente.

Gomes (2007, p. 04-03) elenca doze princípios do minimalismo: princípios relacionados com a missão fundamental do Direito Penal (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima); princípios relacionados com o fato do agente (princípio da exteriorização ou materialização do fato, da legalidade do fato e da ofensividade do fato); princípios relacionados com o agente do fato (responsabilidade pessoal, responsabilidade subjetiva, culpabilidade e igualdade); princípios relacionados com a pena (princípio da proibição da pena indigna, da humanização das penas e da proporcionalidade, da necessidade concreta da pena, da individualização da pena, personalidade da pena, suficiência da pena alternativa e proporcionalidade em sentido estrito). Para Souza (2017) o garantismo vai além:

Mas o garantismo é mais complexo do que se imagina. Como Bombril, tem mil e uma utilidades em ao menos duas camadas de veneno alquímico. Na primeira delas, o garantismo é teoria do direito, enfocando a divergência crítica entre o dever-ser (normatividade constitucional) e o ser (a lei posta) do ordenamento positivo, cuja equação é a justificação interna do Estado de Direito. Na segunda camada, o garantismo pretende ser uma filosofia do direito, ou teoria política que visa definir o conteúdo de termos como democracia (substancial, para além da formal), os direitos e suas dimensões (direitos políticos, civis, de liberdade, sociais etc.) que Ferrajoli considera conquistas históricas, resultado das revoluções, enfatizando a separação entre direito e moral como limite ao arbítrio moral dos juízes e legisladores no exercício do seu poder, separando o direito válido do direito arbitrariamente justo. [...] Definitivamente o garantismo não serve para frear o decisionismo e o arbítrio judiciais, mas para assegurar-lo em benefício dos interesses de sua corrente ideológica (SOUZA, 2017, p. 160).

A todo tempo, clamada a utilização do Direito Penal pela população, ele somente terá uso legal, quando outros ramos do direito forem insuficientes para a solução dos impasses.

## 2.2.2 Direito Penal Máximo, dever e ordem

O Direito Penal, na segunda metade do século XIX, foi deixando para trás suas características iniciais, seu princípio norteador foi sendo afastado, de acordo com

ideais que idealizavam transformar a pena em um mecanismo neutralizador de personalidades, distanciando assim, o Direito Penal de sua premissa, que é a distinção básica entre Direito e Moral, diminuindo as garantias das pessoas face ao Estado. O modelo de Direito Penal Máximo, quer dizer, incondicionalmente e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrollabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. A certeza pregada pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Defende-se a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito (FERRAJOLI, 2002).

O Direito Penal máximo baseia-se no princípio do *in dubio contra reum*, aplicando-se a ideia de que nenhum culpado possa ficar impune, indicando uma característica totalmente autoritária, vinculada a uma corrente totalitária. Ao contrário do Direito Penal mínimo, este maxismo se preocupa em estabelecer condições suficientes para condenar o criminoso, e não apenas necessárias para sua absolvição (FERRAJOLI, 2002).

A certeza afirmada por esta corrente, está em que nenhum indivíduo que tenha delinquido fique impune às sanções, porém, sempre à custa de grande incerteza de que algum inocente possa receber tal punição. Por ser de cunho extremamente repressivo, ele se preocupa em repreender qualquer um que se aproxime da figura de um transgressor da norma, assim, desestimulando as condutas delitivas. Em que pese, nenhuma consideração relacionada aos Direitos Humanos tem lugar, devido ao processo legal ou qualquer outra garantia constitucional.

Bianchini e Gomes (2008) afirmam a existência de sete grupos que seguem o ideal punitivista, os quais se dividem entre retribucionistas e prevencionistas. O final dos anos 80 acolheu a máxima aplicação do Direito Penal, os quais já estavam sendo utilizados em larga escala na Europa, principalmente a partir da queda do Estado de

Bem-Estar Social, princípios os quais iam totalmente contra o que se tinha no ordenamento jurídico brasileiro até então.

O chamado movimento de Lei e Ordem, punitivista-retribucionista, apresentava o Direito Penal como forma efetiva de combater a criminalidade que vinha assolando o País. Passou-se a acreditar que a paz social só voltaria a reinar com novas políticas públicas, as quais incluíam medidas punitivas mais drásticas e que seriam conseqüentemente mais eficientes. Outro movimento deste segmento foi o Direito penal como instrumento de reforço das funções estatais, o qual, diante da ineficácia estatal na implementação das mais diversas políticas, passava a utilizar-se do Direito Penal como suporte.

Quanto aos movimentos punitivista-prevencionistas, merece destaque o Direito Penal como instrumento promocional de específicos bens jurídicos. Neste, preza-se por uma maior intervenção do Direito Penal, mesmo que outros ramos do Direito (Administrativo, Civil) seriam mais eficientes, desta forma, administrativizava-se o Direito Penal.

O Direito Penal como instrumento de segurança contra riscos da sociedade moderna, oferecia segurança contra os riscos que a sociedade pós industrial oferecia, o qual acreditavam que pudesse pôr em risco a decisão individual de cada pessoa, evitando assim lesões aos bens jurídicos tutelados. Desta forma, iniciava-se uma expansão significativa do Direito Penal, já que com todas estas dogmáticas este Direito ficou vastamente privilegiado. Essa é a ideia adotada em larga escala no Brasil, considerada como boa alternativa à massificação do Direito Penal.

Esse movimento expansionista, de início, é instrumento de solução de problemas sociais e com isso firma-se a concepção de uma legislação penal de caráter eminentemente simbólico (SÁNCHEZ, 2002). Simbólico pelo fato de que sua aplicação excepcional é posta em segundo plano, quando o Estado se utiliza deste Direito Penal para mascarar suas próprias falhas e deficiências.

A Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, passou a impor uma postura mais rígida em relação aos crimes previstos em seus artigos, além daqueles classificados como equiparados a hediondos. Desta forma, o legislador afastou a hipótese de avaliar-se a necessidade caso à caso, quais delitos poderiam efetivamente ter hediondez, proibindo a concessão de liberdade provisória bem como a vedação da progressão de regime.

Assim, foi retirada a possibilidade que tinha o magistrado, até então, de avaliar a gravidade do crime, e aplicar a cada caso concreto uma pena diferente, obrigando assim, a ser aplicado o regime integralmente fechado, impedindo a concessão de benefícios.

Deturpa-se a finalidade do Direito Penal, que fica estrito a ideia de que a legislação penal se destina a criminosos, que devem ser tratados da forma mais cruel possível, mesmo que este crime não tenha ocorrido, e que seja apenas um perigo abstrato. Para o Direito Penal, esta utilização repressora já se demonstrou inócua perante os problemas que se apresentam no dia a dia da sociedade, e a eficaz aplicação da Lei, não consegue atingir seus fins, impondo seus objetivos como harmonia social.

Segundo esta corrente expansionista, a tendência será, com o passar dos anos, se as condutas sociais continuarem crescendo em medidas progressivas, multiplicar a criação da tipificação de novas condutas, dando a elas penas altíssimas, tornando cada vez mais banal o Direito Penal, cada vez mais simbólico, e impossível de ser plenamente alcançado e aplicado, sendo totalmente ineficaz para seus reais fins. Assim, chega-se à vertente de um Direito Penal puramente simbólico, uma vez que torna-se incapaz de alcançar suas propostas, utilizando-se do homem como instrumento para sua banalização, sendo assim um meio e não um fim em si mesmo.

### 2.2.3 Direito Penal Abolicionista

A Teoria do Abolicionismo Penal teve seu desenvolvimento principalmente em países europeus. Marcada por um posicionamento extremo, revelou-se um meio muito radical de enfrentar a realidade que existia até então do Direito Penal. Esta teoria pregava a substituição do Direito Penal por formas não punitivas como meio de solucionar os crimes praticados. A doutrina abolicionista defende que o Direito Penal não é o único meio de repressão à violência, vez que apenas impõe punições DUARTE NETO, 2009).

Tal movimento relacionado à descriminalização e a despenalização. Trata-se de uma nova ideologia que vem ganhando força entre penalistas, especialmente no continente europeu. Seria este, um novo método de vida, apresentando uma nova

forma de pensar do Direito Penal, questionando o significado das punições, objetivando novas formas de manter a liberdade e a justiça (GOMES, 2009).

Esta discussão serve como meio de se afrouxar a demanda penitenciária do país, pois poderá ser aplicada de forma rápida e terá resultados a curto prazo, aplicando-se penas somente a atos que realmente violem princípios coletivos e individuais. Sendo assim, algumas condutas criminosas não seriam nem tipificadas penalmente, e muito menos aplicar-se-iam penas (GOMES, 2009).

O abolicionismo abarca correntes que, de acordo com Ferrajoli (2002, p. 200):

[...] não reconhecem justificação alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrição (sic) que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como suspeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais (FERRAJOLI, 2002, p. 200).

As doutrinas abolicionistas mais radicais afirmam não haver nenhuma legitimidade em qualquer tipo de constrição ou coerção, penal ou mesmo social. Outras correntes, ainda que advoguem pela supressão de qualquer medida punitiva e mesmo a abolição do Direito Penal, não afastam outras formas de controle social (FERRAJOLI, 2002).

Tendo como principal explicação, este movimento, que é a sanção penal, tendo em vista a seletividade deste ramo do Direito, acaba sempre demandando na parte menos favorecida economicamente da população, não dando vistas a pequena quantidade da sociedade economicamente favorecida. Em suma, por haver tamanha desigualdade dentro do sistema penal, traz Hassamer e Munoz Conde apud Bianchini (2008, p. 25): “[...] é acabar de vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.”

O intuito abolicionista, utiliza-se como base, no que tange ao sistema punitivo a partir dos custos inerentes à aplicação das penas seria:

[...] favorecer a autonomia da criminologia crítica, de solicitar-lhe as pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a realidade histórica e política dos interesses penalmente protegidos, e, via de consequência, de contrastar, talvez mais do que qualquer outra orientação teórica, o latente “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes (FERRAJOLI, 2002, p. 204).

Destaca-se ainda, que as doutrinas abolicionistas possuem duplo defeito:

Primeiramente, os modelos de sociedade por elas perseguidas são aqueles pouco atraentes de uma sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social, e, talvez, policial. (...) Deslegitimando o direito penal de um ponto de vista radicalmente externo e denunciando-lhe a arbitrariedade, bem como os custos e o sofrimento que o mesmo traz, os abolicionistas despejam sobre os justificacionistas os ônus da justificação. (FERRAJOLI, 2002, p. 203-204).

Essas doutrinas tendentes ao abolicionismo, tem forma estática, utiliza-se de modelos já existentes e formulados, onde já há embasamento para seus argumentos. Sendo assim, o Direito penal impede a sobreposição de interesses dominantes, e também acaba dando proteção ao réu, que estaria submetido a mediação por diversas garantias fundamentais.

Em segundo plano, Ferrajoli (2002), demonstra que algumas doutrinas, radicais ou holísticas, procuram evitar pontos específicos no que se refere à justificação e deslegitimação do direito penal, - da qualidade e quantidade das penas, da qualidade e da quantidade das proibições, das técnicas de controle processual – desvalorizando orientações garantistas, resultando em rejeição de modelos penais autoritários e liberais, e, contudo, não oferecendo qualquer contribuição à solução dos difíceis problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo. Nos traz Ferrajoli (2002):

Todavia, mencionadas doutrinas possuem dois méritos, dignos de nota. Ainda que na configuração da sociedade moderna estas professem uma explícita confusão entre direito e moral, com perspectivas inevitavelmente não liberais, na crítica à sociedade atual, diversamente, orientam-se, de um lado, na deslegitimação dos ordenamentos existentes ou de seus componentes individualmente considerados, e, de outro, na justificação não das penas, mas dos delitos, dos quais as supra-referidas doutrinas evidenciam as causas sociais ou psicológicas, ou, ainda, as suas legítimas motivações políticas bem como a ilegitimidade moral dos interesses por eles lesados (FERRAJOLI, 2002, p. 203).

O ponto de vista abolicionista, pelo fato de se colocar do lado de quem está cumprindo a pena e não de quem está punindo, torna-se externo às instituições penais vigentes. Outra característica é a deslegitimidade do direito penal de um ponto de vista radicalmente externo, denunciando-lhe a arbitrariedade, bem como os custos e o



sofrimento que o mesmo traz. Os abolicionistas despejam sobre os justificacionistas o ônus da justificação, e, exatamente porque o ponto de vista dos abolicionistas compreende aquele dos destinatários das penas, também no que tange a eles, as justificações devem ser moralmente satisfatórias e logicamente pertinentes.

Ao asseverar a necessidade de abolir o Direito Penal, deixa-se de lado questionamentos referentes à limitação da atuação do Estado, de importância fulcral, ainda sob a perspectiva abolicionista, uma vez que o sistema penal não será abandonado de imediato, mesmo que essas correntes doutrinárias prevaleçam sobre as demais. Portanto, nada obstante as doutrinas abolicionistas demonstrarem as deficiências do sistema penal, olvidam da necessidade de, concretamente, mesmo à luz de um processo de deslegitimação cada dia mais evidente, apresentar propostas concretas e eficientes para a construção de um modelo penal mais eficiente e humano (FERREIRA, 2013).

Segundo Duarte Neto (2009), apesar de fracassado, o Abolicionismo deixou sua contribuição: a humanização defendida em face da falência do direito de punir do Estado, que restou claro na sua incompetência em ressocializar o criminoso e de possibilitar a ele uma pena digna à sua qualidade de ser humano.

### **3 TEMOR SOCIAL**

O Direito acompanha o movimento, e muda ao sabor das necessidades estratégicas do momento. (SOUZA, 2017).

Há uma linha tênue a ser traçada entre a antiguidade clássica e os dias atuais, as formas de expressar o medo sempre foram utilizadas como resposta a inúmeras ações temerárias do homem em sociedade, onde havia e ainda há a necessidade de constantemente se buscar uma ideia de bem estar atrelado a segurança, que pudesse servir como conservação da própria vida, afastando, desta forma, o sentimento de insegurança.

No fim da Idade Média na Europa, e com o surgimento da modernidade do ocidente, disseminou-se naquele continente o temor, incendiado pela fome que vinha assolando a população, das guerras que vinham causando massacres e inúmeras doenças mortais, tais como a peste negra. Criou-se assim a ideia de que cada indivíduo deveria buscar sua salvação individual, gerando a figura do medo de um para com o outro na sociedade. Este fato, originou a formação dos Estados nacionais na Europa, para que desta forma houvesse uma ordem social, preservando assim a segurança, o comércio, a propriedade, bem como a vida de cada integrante da sociedade. Como consequência, era necessário que cada Estado nacional restringisse seus membros, para que fosse controlada a competição entre os homens (HOBBS, 2009).

#### **3.1 Estado de Emergência**

A sociedade encontra-se submersa à insegurança: a violência é disseminada em larga escala, a classe mais baixa da população vem se multiplicando, e a concentração da riqueza a pequenas quantidades da sociedade resulta em uma devastação sobre a população. O perigo oferecido à sociedade torna-a cliente do medo e da insegurança, aceitando facilmente a imposição de leis extremamente severas, punições a qualquer custo e o fim da banalização dos crimes e criminosos.

Nasce, desta forma, na sociedade, a necessidade de se adotar medidas de emergência para que as instituições ameaçadas possam se manter e estarem protegidas. A emergência encontra-se atrelada ao conceito de urgência. Em face à

esta realidade, o Estado reduz sua interposição na tangente social e torna mais rígidas as Leis Penais, dando à *ultima ratio*, a principal forma de combate aos problemas sociais, afastando de si suas atribuições.

O atual panorama de clamor social vivido pela população possui origens históricas, onde o cidadão era excluído da sociedade, e o Estado era totalmente conservador. Diante do terror vivido pela população, “o legislador penal, desidioso ou astuto e desobrigado de atender qualquer desígnio de Política Criminal, cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal como panaceia de todos os males que a afligem” (SICA, 2003, p. 82).

Acreditando-se que o Direito Penal será a solução de todo e qualquer problema quanto à violência urbana, com pesar, volta-se aos pensamentos primitivos em que a solução era pura e simplesmente a retribuição:

A cultura de emergência e a prática da exceção antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 649).

Conforme ensina Moccia (199, p. 62) quanto ao emergencialismo “[...] gerou o uso simbólico do direito penal em nome de uma presumida política criminal de eficiência, que acabou por suplantiar a busca de soluções de política social geral bem mais eficientes”.

Sendo assim, tem-se como grande problema, não as leis penais por si só, e sim a criação das leis penais, sem uma real premência e muitas vezes sem a fundamentação necessária, utilizando-se do Direito Penal para enfrentar todos os tipos de conflitos, gerando um fim sem qualquer eficácia:

Esta concessão 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 àquela 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 a lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas à esta supra ordenada. *Salus rei publica lex*: a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do direito de emergência, a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação (FERRAJOLI, 2002, p. 650).

No caso em concreto, tem-se como premissa que as práticas são sempre vistas como uma exceção, ou seja, quando mais política ou socialmente grave e alarmante for tal conduta, mais excepcional é quanto à regra. O Direito Penal de exceção designa dois sentidos: a legislação de exceção frente à Constituição Federal (BRASIL, 1988), e a jurisdição de exceção, que seria degradada em relação à mesma legalidade alterada (FERRAJOLI, 2002).

Ferrajoli (2002), trata o emergencialismo:

Certamente as leis de emergência alargam de maneira enorme o poder jurisdicional de disposição, legitimando arbítrios e abusos. Certamente a repressão ao terrorismo e à criminalidade organizada reclamou nos anos passados processos mais difíceis e complexos, nos quais as margens de erro eram maiores do que nos casos ordinários e assim abriam-se espaços para a ocorrência de injustiças involuntárias. Entretanto, certo é que em muitos casos as injustiças foram verdadeiramente decorrentes de lei. Mas as críticas das leis excepcionais não podem afastar a responsabilidade de muitos juízes que transgrediram, frequentemente, aquelas mesmas leis (FERRAJOLI, 2002, p. 650).

Choukr (2002, p. 05) disserta que a emergência penal tem fulcro essencialmente político: “[...] cujas manipulações ideológicas podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontroláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras.” Em um prisma, a criminologia serve como uma das bases ao subsistema do emergencialismo, dando-o elevada gravidade, utilizando-se de mecanismos de *ultima ratio* para combatê-la, porém, sempre esteja na defesa de um Estado Democrático de Direito, estabelecido como limite máximo à este sistema. Este subsistema em que se encontra a cultura de emergência, se caracteriza por garantias estabelecidas nas legislações civilistas, e não somente constitucionais (CHOUKR, 2002).

Para este ideal, a pena serve como defesa de todo um sistema que é muito mais complexo e que não se esgota apenas nisso, tendo como consequência, o processo, que anda junto ao direito material, que tende cada vez mais a intervenção estatal, que deveria ser mínima, e acaba por ir muito além de máxima. Desta forma, o intuito que deveria haver na Constituição Federal (BRASIL, 1988), desvirtua quem interpreta a Lei, tornando difícil a propagação de sua finalidade, impossibilitando que haja um sistema de repressão valorativo, que vá de encontro com os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente à outro (que não o deveria), o Princípio da Alteridade (CHOKR, 2002).

Neste paradigma, a população já encontra-se adaptada a uma falácia, quando sentem-se fortemente ameaçados, nada dá maior impressão de segurança do que as Leis que aumentam penas, ou agravam crimes, por exemplo, e não são à preceitos de Direitos Fundamentais que se respaldam. Uma cultura jurídica consistente jamais pode ser construída em cima de uma base como esta, onde os princípios jurídicos fundamentais jamais se sobressaem, que geram cada vez mais sua própria inaplicabilidade, deixando assim, o Direito Penal em um ciclo vicioso e sem fim, pois a emergência gera mais emergência, sem cessar.

Se cabe ao Direito Penal prevenir riscos, deveria ser criminalizada inúmeras outras condutas, por exemplo, sendo que todas elas geram estes supracitados riscos. Tem-se como cofre do Direito Penal, onde são depositadas expectativas da população quanto a estabilização de riscos, proteção, e como isso não ocorre, apela-se ao que seria a *ultima ratio*, ao último andar do prédio jurídico, onde estão todos os outros Direitos, - o Direito Penal (TANGERINO, 2006).

Algumas Leis criadas no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser citadas como exemplo, primeiramente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente na Súmula Vinculante 26, decidiu como inconstitucional o § 1º, do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, que até então vedava a progressão do regime aos condenados por crimes de hediondez.

#### **Inconstitucionalidade da imposição de regime inicial fechado para crimes hediondos**

Entendo que, se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Deixo consignado, já de início, que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33 c/c o art. 59 do Código Penal. A progressão de regime, ademais, quando se cuida de crime hediondo ou equiparado, também se dá em lapso temporal mais dilatado (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 2º). [...] Feitas essas considerações, penso que deve ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) para aqueles que preenchem todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do CP, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado. Nessa conformidade, tendo em vista a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, na parte em que impõe a obligatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou

equiparados, concedo a ordem para alterar o regime inicial de cumprimento das reprimenda impostas ao paciente para o semiaberto." (HC 111840, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27.6.2012, DJe de 17.12.2013)

4. A Corte Constitucional, no julgamento do HC no 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, removeu o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei no 8.072/90, com a redação dada pela Lei no 11.464/07, o qual determinava que a pena por crime previsto nesse artigo será cumprida inicialmente em regime fechado, declarando, de forma incidental, a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. 5. Esse entendimento abriu passagem para que a fixação do regime prisional - mesmo nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes ou de outros crimes hediondos e equiparados - seja devidamente fundamentada, como ocorre nos demais delitos dispostos no ordenamento. 6. No caso, as instâncias ordinárias indicaram elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão do paciente em regime fechado, impondo-lhe o regime mais severo mediante fundamentação adequada, nos termos do que dispõe o art. 33, caput e parágrafos, do CP." (HC 119167, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 26.11.2013, DJe de 16.12.2013)

[...]

É aqui que faço uma indagação: Esse dispositivo, em sua nova redação, não continuaria a violar o princípio constitucional da individualização da pena? Essa discussão, inclusive, já vem sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e nesta Suprema Corte. No ponto, destaco, ainda, à guisa de ilustração, julgado recente proferido pelo próprio STJ que, ao analisar o HC n. 149.807/SP lá impetrado, concluiu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei 11.464/2007, persistiria ainda a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade. No caso concreto, com fundamento nessas considerações, entendo que o disposto na Lei dos Crimes Hediondos (obrigatoriedade de início do cumprimento de pena no regime fechado) há de ser superado. É que o paciente preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP, para o início do cumprimento de pena no regime aberto. (HC 106153, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2011, DJe de 19.12.2011).

O legislador vem se mostrando pouco entendedor das limitações constitucionais, eis que em nada acresce uma legislação rígida, sem observar normas ditas pela Magna Carta (BRASIL, 1988), para que posteriormente esta lei seja declarada inconstitucional. Por mais que se tenha como verdade que esta medida de combate tenha sido proposta com o intuito de auxiliar no combate à criminalidade, como a inversão do ônus da prova por exemplo, quando incompatível com o ordenamento jurídico superior, deve ser prontamente invalidada (GOMES, 2007).

Além do mais, cita-se como exemplo atual do Direito Penal Brasileiro de Emergência a Lei nº 10.300 de 2001 (BRASIL), que regula a utilização de minas terrestres antipessoal, aplicando-se pena de reclusão de 4 a 6 anos, sendo duplicada em casos de reincidência. Trata-se de uma legislação puramente emergencista e

completamente à mercê do aumento desenfreado da criminalidade advindo do terrorismo global (SICA, 2003).

A Emergência Penal, para Ferrajoli (2002), no período entre os anos 60 à metade dos anos 70, e com posterior reaparecimento nos anos iniciais da década de 80, subdivide-se em três fases, as quais explicam melhor tal instituto, apresentando, com esta divisão a correspondência à três políticas de direito distintas em conteúdo, destinatários da Lei, efeitos sobre o sistema punitivo, culturas jurídicas, e pelas mensagens políticas.

Na primeira fase, intitulada de o direito especial de polícia, que vai de 1974 a 1978, as Leis criadas por exceção não teriam ligação com qualquer ato de terrorismo ou com o crime organizado sob aspecto geral. Porém, não são as Leis que refletem diretamente nas garantias do sistema penal:

Pense-se na Lei Bartolomei, de 14.10.1974, com a qual foram estendidos os poderes policiais de investigação sumaria e foi reintroduzido o interrogatório de polícia, ainda que com a presença do defensor; e a Lei Reale, de 22.05.1975, com o seu fito armamentista de medida policialesca: a extensão da prisão preventiva judiciária (art. 3), o poder de perquirição pessoal sem mandado (art. 4), o alargamento do desvio político das disposições antimáfia e, em particular, das medidas de prevenção do confinamento (arts. 18-19), a ampliação da faculdade de os agentes de polícia efetuarem disparos a fim de impedir o possível cometimento de crimes graves (art. 14). Ambas as leis foram emanadas quando o terrorismo ainda não havia se manifestado de forma sanguinolenta e para fazer frente, segundo o *slogan* da campanha política que acompanhou a respectiva emanção, ao genérico fenômeno da criminalidade avassaladora. Mas, na mesma direção genérica se coloca a política penal do biênio 1977-1978: o esvaziamento da reforma penitenciária de 1975 pela Lei 450, de 20.07.1988, sobre a restrição das permissões às repetidas suspensões das normas mais liberais e à criação dos cárceres especiais com base no art. 90, até a atribuição aos carabineiros das funções de vigilância externa dos cárceres, [...] (FERRAJOLI, 2002, p. 656).

A adoção de tais normas sobre a dilação do encarceramento preventivo, e sobre o estreitamento das medidas provisórias, não foram estas feitas com o intuito de fortalecer a máquina judiciária, e sim, limitar o poder dos magistrados, que eram tidos como afrontas à atividade da polícia, pois aplicavam medidas de garantia ao cidadão, fazendo com que a liberdade fosse restrita à inúmeros casos simples.

Estas leis de segurança somaram-se ao Direito Penal de polícia, com embasamento na duplicação, para Ferrajoli (2002, p. 657), “[...] tendo à frente a administração policialesca, de quase todos os poderes de instrução de competência da magistratura: prisão, perquirição, investigações sumárias.”

A segunda fase, o Direito Penal Político Especial, nasceu no final do ano de 1979, era a legislação antiterrorismo e o direito penal política de exceção em sentido próprio que surgiam, através de uma nova legislação. Nesta fase o juiz assume a vertente contra o terrorismo à qual se destina a atenção dos políticos. Os instrumentos normativos seriam principalmente:

[...] 1) a contestação de amplo espectro dos delitos associativos como vértices de instrução e hipóteses de trabalho a desenvolver-se no curso do processo, mas aportando desde o início o encarceramento preventivo dos imputados: 2) o alargamento da duração máxima desta até 10 anos e 8 meses (art. 10 do Decreto-lei 625, de 15.12.1979) e, sobretudo, a sua transformação em medida automática e obrigatória, graças à obrigação do mandado de captura e à proibição da liberdade provisória com base na simples nomeação do crime [...]; 3) a agravante especial da finalidade de terrorismo e a sua não compensação com as atenuantes e o conseqüente aumento, rígido e automático, seja das penas como dos termos das detenções preventivas [...]; 4) as reduções de pena e as indulgências instrutórias [...]; 5) o interrogatório sem a presença do defensor, figura estranha e entorpecedora [...]; 6) as normas quanto ao interrogatório livre dos co-imputados [...]; 7) as normas quanto à diferenciação do tratamento penal introduzidas pela reforma penitenciária e a instituição por via administrativa dos cárceres especiais (FERRAJOLI, 2002, p. 658).

A terceira fase – o Direito Penal Diferenciado, explicita que a emergência antiterrorista difundiram-se no sistema penal, onde de um lado fica a diferenciação e a subjetividade penal por tipo de autor ou criminoso, e a generalização da especialidade mediante direitos diferenciados e especiais; por outro lado, aumentava-se a discricionariedade, dando flexibilidade ao rito e a pena, desviando a centralização do juízo e do nexos causal ilegal entre pena e crime (FERRAJOLI, 2002).

Destacam-se três aspectos estruturais:

[...] a deformação substancial e subjetiva de todos os elementos – crime, processo e pena – do fenômeno penal; em segundo lugar, o gigantismo dos maxiprocessos e os abusos judiciais por ele consentidos; em terceiro lugar, e conseqüentemente, uma pesada conotação policialesca da inteira função judiciária (FERRAJOLI, 2002, p. 659).

O resultado da Emergência Penal é a introdução de um Direito simbólico que deriva tão somente do medo arraigado na população. A aparência simbólica das leis penais deixa o Direito Penal à mercê das correntes extremas da política criminal, fazendo com que o Congresso Nacional elabore leis cada vez mais rígidas, com muita urgência, conforme nos traz Franco (1994):



A função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos individual ou coletivo, de insegurança (FRANCO, 1994, p. 10).

Criminalizar tantas condutas combate fortemente o minimalismo penal, deixando garantias fundamentais de lado, violando muitas vezes o processo legal, e acelerando o crescimento da *ultima ratio*, significando tamanho retrocesso e conseqüente abandono de direitos que muito se lutou para conquistá-los.

### **3.2 Recurso para implantação do Estado de Emergência**

O cenário ideal para desenvolver-se a cultura da emergência penal, seria uma sociedade amedrontada frente à violência das cidades, bem como a criminalidade. Esta sensação de pânico, seria criada principalmente através da mídia, manipulando dados, interpretando estatísticas erroneamente, ou passando informações distorcidas à população (SICA, 2003).

Para melhor entender a implementação do Estado de Emergência utiliza-se alguns movimentos americanos, como o Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) e a Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*).

Desde o fim dos anos 80, aproximadamente, a sociedade global vem passando por inúmeros avanços e retrocessos significativos na questão dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. O movimento da Lei e da Ordem, insere-se na sociedade como uma política criminal, que tem como finalidade remontar conhecimentos empíricos sobre o crime, resultado do crescimento em larga escala dos índices de criminalidade. Este movimento surge nos Estados Unidos, na década de 70, e tem como principal criador o alemão Ralf Dahrendorf (ARAGÃO, 2010).

Na década de 70, a pena de morte, que até então estava suspensa, foi reestabelecida, e novas leis, unidas à severas políticas no combate ao crime foram sendo adotadas, dando aos Estados Unidos o título de maior presídio mundial, sediando um quarto da população carcerária do mundo, ademais, haviam inúmeras outras pessoas em livramento condicional, bem como em liberdade vigiada (WACQUANT, 2003).

### 3.2.1 Movimento da Lei e Ordem

O Movimento de Lei e Ordem, revela alguns princípios, separando a sociedade em dois grupos: o primeiro seria composto por pessoas de bem, que merecem a salvaguarda da Lei; o segundo, de homens que praticam o mal, os delinquentes, os criminosos, aos quais devem ser aplicadas toda forma de severidade possível que a lei penal possa impor. (ARAGÃO, 2010).

Neste contexto, os meios de comunicação tiveram grande influência, dando maior expressividade aos delitos de maior gravidade (latrocínios, sequestros, homicídios, estupros, etc), criando assim uma síndrome de vitimização. Desta forma, a população passava a acreditar que a qualquer momento podiam ser acometidos por estes ataques criminosos, gerando a ideia de que era necessário que as penas fossem agravadas e que novas penas fossem criadas, para que pudesse reinar a ideia (falsa ideia) de segurança (CERVINI, 1994).

Loic Wacquant (1999, p. 35), faz inúmeras críticas à esta política e sua disseminação, chamando este movimento de “[...] tendência de Ventos Punitivos vindo do outro lado do Atlântico”, que estaria ameaçando inclusive a Europa.

Este movimento foi impulsionado pelas classes mais favorecidas da sociedade, as quais clamavam por segurança, mas na realidade pretendiam que as classes mais baixas fossem apagadas da sociedade, colocando estes em prisões, longe da vista da sociedade, onde em realidade gostariam que o Estado os prendesse e jogasse a chave fora (ARAGÃO, 2010).

Como supracitado, este Movimento adota uma política criminal com tais princípios: a pena se justifica como castigo e retribuição; os crimes mais graves devem ter penas severas e com longos períodos de tempo; as penas privativas de liberdade (PPL), devem ser cumpridas em presídios de segurança máxima, onde o apenado receberá tratamentos rígidos; a prisão temporária deve ter dilação no prazo, onde desta forma representaria uma resposta ao crime; e, impõe aos juízes que irão executar estas penas poderes restritos, deixando o infrator sob juízo das autoridades penitenciárias (LOVATTI, 2009).

Os seguidores deste movimento, acreditam que esta seria a única solução para a queda da criminalidade, e que com o endurecimento das penas, traria justiça às vítimas e tirando da sociedade as pessoas más, e deixando as pessoas de bem

tranquilas para seu convívio social. Em 1991, essa doutrina foi dividida, e ficou conhecida também como Tolerância Zero, com origem na cidade de Nova York, no governo do prefeito Rudolph Giuliani. Esta política surgiu com o intuito de frear a insegurança das classes média e alta, tirando os homens maus deste meio, incriminando inclusive crimes de pequeno potencial ofensivo como embriaguez, jogos de azar, etc. (ARAGÃO, 2010).

Há grande relação ideológica entre a política e o instituto da Tolerância Zero, onde há uma popularização da Teoria da Vidraça Quebrada, a qual se baseia na tese em que rouba um boi, quem rouba um ovo, acreditando assim, que qualquer conduta, mesmo que tenha leve relevância no âmbito do Direito Penal, deve ser punida e considerada como qualquer outro delito grave.

### 3.2.2 Teoria da Vidraça Quebrada

Com base no Movimento da Lei e da Ordem, nos anos 80 surge a Teoria das Janelas Quebras (*Broken Windows Theory*), formulada por James Wilson e Goerge Kelling, na Universidade de Harvard. Primeiramente, esta teoria buscava demonstrar que havia uma estreita relação entre a desordem e a criminalidade, procurando estabelecer que o combate de pequenos atos corriqueiros do dia a dia fariam prevenção à crimes de maior potencial ofensivo.

A Universidade de Stanford, localizada nos Estados Unidos, realizou há anos atrás uma pesquisa na cidade de Nova York e da Califórnia, que consistia em uma experiência psicológica social. Foram deixados dois automóveis idênticos (mesma cor, marca, modelo, ano de fabricação) em dois locais distintos, um, localizado em uma zona de classe mais baixa e com elevado índice de criminalidade, na cidade de Nova York - o Bronx, outro, em Palo Alto, na cidade da Califórnia, zona de classe elevada e com baixos índices de criminalidade. Encontravam-se nestes dois locais imensamente distintos, dois carros idênticos, abandonados, e uma equipe de psicólogos e especialistas da área observando e estudando as reações das pessoas em cada um dos locais (PELLEGRINI, 2013).

O carro que foi abandonado na zona do Bronx, em questão de poucas horas começou a ser depredado, tendo as rodas levadas, posteriormente motor, espelhos, rádio, enfim, tudo que fosse aproveitável do veículo foi retirado, e aquilo que não pode

ser aproveitado, foi vandalizado e destruído. Por outro lado, o carro abandonado em Palo Alto, encontrava-se da mesma forma que foi deixado. Alguns dias depois, os pesquisadores quebraram o vidro do carro que estava em Palo Alto, e como consequência, houve, passadas algumas horas, a mesma depredação ocorrida no Bronx. Violência, depredação, vandalismo, furto, deixando o veículo na mesma situação que encontrava-se o do Bronx (PELLEGRINI, 2013).

Pellegrini (2013), disserta motivos pelos quais gerou-se tamanha depredação durante a pesquisa psicológica:

Por que o vidro quebrado na viatura abandonada num bairro supostamente seguro foi capaz de desencadear todo um processo delituoso? Evidentemente, não foi devido à pobreza. Trata-se de algo que tem a ver com a psicologia humana e com as relações sociais. Um vidro quebrado numa viatura abandonada transmite uma ideia de deterioração, de desinteresse, de despreocupação. Faz quebrar os códigos de convivência, faz supor que a lei encontra-se ausente, que naquele lugar não existem normas ou regras. Um vidro quebrado induz ao "vale-tudo". Cada novo ataque depredador reafirma e multiplica essa ideia, até que a escalada de atos cada vez piores torna-se incontrolável, desembocando numa violência irracional (PELLEGRINI, 2013).

A Teoria das Janelas Quebradas foi desenvolvida com base nesta experiência, concluindo que o crime é maior onde há desordem, quando tal fato gerar nas outras pessoas a ideia de que este não importa à ninguém, sendo fator para gerar conflitos:

A pequena desordem gera a ideia de deterioração, de desinteresse e de despreocupação nas pessoas. A percepção da ausência de lei, normas e regras tende a levar à quebra dos códigos de convivência. Assim, o crime é maior em zonas onde o descuido, a sujeira e o maltrato são maiores, e pequenas faltas não punidas levam a faltas maiores e logo a delitos cada vez mais graves. A teoria apresentou os fundamentos da moderna política criminal americana e, em meados da década de 1990, foi implantada com aparente sucesso na cidade de Nova Iorque. [...] uma das causas do aumento da violência nos EUA na segunda metade do século XX foi a mudança de estratégia da polícia, que, aos poucos, substituiu suas tarefas de manutenção da ordem pública pelo combate ao crime (ODON, 2016).

Kelling e Wilson, além do mais, sustentavam que se uma vidraça de um prédio, por exemplo, viesse a ser quebrada, sem conserto posterior, as pessoas que vissem a janela iriam concluir que ninguém iria relevar o fato, dando pouca importância para o local, e que naquele local não haviam responsáveis pela ordem social. Dentro desta tangente, acreditavam que outras pessoas iriam começar depredar outras janelas que se encontrassem intactas, onde, em um curto período de tempo, seriam encontradas

várias outras janelas quebradas, levando à decadência de toda uma comunidade local:

Apenas os desocupados e pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas “pessoas de bem”, deixando o bairro à mercê dos “desordeiros”. Pequenas desordens levariam à grandes e, mais tarde, ao crime. Em razão da imagem das janelas quebradas que seria a origem de todo o “caos”, o estudo ficou conhecido como Broken Windows Theory. Condutas como vadiagem, jogar lixo no chão, beber demasiadamente em público, catar papel e a prostituição, se tolerados, levariam a crimes graves. Ou seja, se um pequeno delinquente não fosse punido exemplarmente, o grande criminoso se sentiria seguro e à vontade para atuar na região da desordem (LOVATTI, 2009).

Este discurso foi responsável pela volta da ideia da Teoria da Tolerância Zero, onde todas as infrações que fossem de encontro com a qualidade de vida da sociedade, caberia a aplicação de uma sanção através da Lei para manter a ordem.

No Brasil, a partir da década de 80 (transição da democracia), alavancaram os meios de comunicação, e com isto, a difusão de inúmeras notícias que abordavam um grave problema: a criminalidade. A segurança pública e a conseqüente violência ganhavam destaque nos mais diversos programas de notícia, na televisão, imagens do que estava acontecendo com o país, e nos jornais escritos índices eram desenhados para mostrar a escalada da violência que difundia-se de maneira incomum (LOVATTI, 2009).

Para Sicca (2002, p. 77), “O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade, pela violência urbana”. A necessidade de uma resposta imediata para todo medo tatuado na pele da população, que imagina que a todo momento pode ser alvo de algum criminoso, é o ápice para a instalação do estado de emergência.

No Brasil, a política da Tolerância Zero é muito bem aceita e inclusive muito idealizada pela população, acreditando, desta forma, que os direitos humanos e seus defensores, são uma espécie de estorvo para a implementação de políticas de segurança de proteção às “pessoas de bem”, sendo assim, a violência é realmente um problema que deve ser combatido com eficácia sem que precise utilizar-se da vingança pessoal:

Entretanto, não é possível condenar indivíduos tidos como “criminosos bárbaros” e absolver a estrutura social que fornece o terreno fértil para a

barbárie. A miséria e o descaso, a maior forma de violência que pode sofrer um ser humano não será resolvida com aumento de penas, mas sim com a implantação de políticas sociais eficazes (LOVATTI, 2009).

O medo da população deixa o Estado forte para tomar medidas simbólicas e autoritárias, surgindo então, o direito penal simbólico, que elabora leis às pressas, de forma inconstitucional, o que torna sua aplicação difícil.

## 4 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DAS LEIS PENAIS

Os homens não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as leis e as salsichas (BISMARCK, 1930).

Nosso inferno moral, de sua parte, é fruto de um processo cultural de glamourização do crime como ato heroico de resistência revolucionária às regras ímpias de uma sociedade injusta (SOUZA, 2017).

O Estado utiliza-se do Direito Penal para estabelecer alguns freios ao controle da violência, visando alcançar o bem estar de seus indivíduos. Aponta-se três funções básicas desempenhadas por este meio: reprimir condutas ofensivas ou que apresentem perigo grave, intolerante e transcendental à bens jurídicos de relevância; proteger o indivíduo do resultado que o crime pode gerar; tutelar o indivíduo do poder do Estado (SIDI, 2012).

Porém, o Direito Penal também tem se valido de algumas funções ilegítimas, dentre elas, a desenfreada utilização de sua função simbólica. Símbolo significa uma figura que representa algo puramente abstrato, o símbolo pode ser considerado como representação de um ato, ideia, emoção. Portanto, o símbolo, apenas reproduz algo, onde terá uma interpretação dúbia, dependendo de que está o observando (RORIZ, 2010).

O Direito Penal Simbólico na maioria das vezes, exterioriza-se através de propostas que se utilizam do medo e insegurança da população, fato é que o legislador não visa a real proteção dos bens jurídicos ameaçados, e sim, aplica uma forma de acalantar a população, dizendo o que ela quer ouvir, mesmo que isso não gere os efeitos desejados na diminuição da criminalidade e violência (KERSTENETZKY, 2012). O simbolismo do direito penal nada mais é do que o reflexo de um colapso civilizacional:

O que importa, para a função simbólica, é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de

mudança do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa (BIANCHINI, 2013).

Parte da mídia tida como sensacionalista contribui diretamente para o uso simbólico do direito Penal, lançando à população notícias falsas, aumentando fatos, criticando normas penais, sem fulcro em pesquisas, levantamentos e dados científicos, aumentando a ideia de insegurança. Não se reportam as questões inerentes ao crime, situação em que ocorreu o crime, pois, isto não chama atenção dos espectadores, e não alarma índices de audiência televisiva:

[...] os fatos mencionados, malgrado sua gravidade intrínseca e autoevidente, são amostras hoje encardas pelo público em geral como comuns, quase prosaicas, à imagem e semelhança dos eventos veiculados na mídia nos dias anteriores e divulgados nos dias subsequentes. [...] Por certo, não fossem “escolhidos” quase a esmo para marcar presença neste ensaio, os fatos criminosos acima destacados, por absurdos e inaceitáveis que sejam, cairiam, pouquíssimo tempo após a divulgação, no mais puro acachapante esquecimento público (SOUZA, 2017, p. 104-105).

A longo prazo, o Direito Penal simbólico perde a credibilidade frente à população, além do que, esta ideia deturpada da função do Direito Penal atenta contra princípios relevantes e que em suma devem ser observados, como exemplo a proporcionalidade. Deve ser rechaçada a função simbólica do Direito Penal, cabendo somente a quem legisla estudar e determinar as formas eficazes para combater a criminalidade. O endurecimento das leis ou a criação acelerada de normas inúteis não são a solução para o crime, para Roxin (2000), apud Neto (2009), o direito penal simbólico deve ser entendido da seguinte forma:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais (ROXIN, 2000 apud NETO, 2009).

O homem em sociedade precisa ter seus conflitos solucionados de alguma forma, surge então a necessidade de se ter segurança, para que as pessoas consigam atingir seus objetivos e sobreviver, para isso, tem-se a lei. Porém, alguns, pelo fato de que a grande parte da população considera como grande a necessidade de se ter este



aparato para regular a convivência social, passou-se a considerar a segurança como um objeto fundamental para ordem social, deixando de lado outros valores tão ou mais importantes para segundo plano (DUARTE NETO, 2009).

O Estado precisa investir em políticas de educação, saúde, esporte, cultura, entre outros, pois, criando oportunidades sadias para a população é a melhor forma de prevenir o crime. Combater é muito mais eficaz do que reprimir.

#### **4.1 Composição dos valores sociais e o clamor social**

Em 1940 foi criado o Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), e neste decurso de tempo entre a década de 40 e a década atual, diversas reformas foram sofridas, pois, ali estão algumas terminologias que exprimem valores predominantes à época em que foi elaborado. O direito é uma disciplina que tem como principal meio de publicidade a linguagem, fato que remete à várias interpretações, produto também da cultura vigente.

Na atualidade, a aceleração social e a velocidade com que ocorrem mudanças neste meio resultam em constantes mudanças sociais, transformando assim, valores que até então eram tidos como essenciais para uma visão mais tradicional, e que, pouco a pouco deixa de ser predominante frente à realidade em que se vive (FALAVIGNO, 2015). Há muitas distorções deste instituto em nosso país, conforme trata Pessi (2017):

No Brasil, a substituição dos antigos cânones da justiça pelo direito penal moderno (“alternativo” ou “garantista”) vem ocorrendo por metástase, dentro do próprio sistema: o marxismo veste toga, dispõe de caneta e do Diário Oficial. O discurso do estamento sobre a ineficácia da punição não passa de uma cortina de fumaça para esconder outra convicção (ainda) inconfessável: ele não acredita na própria necessidade de punição, pois descrê da existência de valores transcendentais e até mesmo das noções de bem e justiça, que não passariam de mero preconceito burguês. Sua representação existencial é deformada por ideologias que obscurecem a visão do real e se mantem através do recuo da própria razão para justificar essa existência em estado de alienação (PESSI, 2017, p. 58).

A mídia pode ser considerada como um dos meios mais utilizados para transmissão de informações, porém, na forma em que a notícia veiculada for recepcionada pelo destinatário ela pode ter influência no pensamento de cada indivíduo. Gomes (2007), opina sobre a parcialidade das notícias veiculadas a mídia:

“Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta”. Souza (2017), também abarca este tema:

Transparece, com toda evidencia, que o brasileiro, em geral, esta acometido de uma doentia espécie de insensibilidade moral, fruto, quiçá, da repetição diuturna de notícias de fatos inaceitáveis, com aquele indefectível tom dissonante de indignação conformista que, pela reprodução em doses homeopáticas, adquire um tipo de poder anestésico sobre os espíritos dos leitores, ouvintes e telespectadores. Somos hoje um povo formado em sua imensa maioria por indivíduos quase indiferentes à tragédia alheia ao mesmo tempo em que se veem constante estado de alerta, amedrontados com o risco do mal que possa vir a acontecer a si ou aos seus a qualquer momento. [...] deveria acionar algum mecanismo de alerta, provocar a reflexão de que a tragédia espreita cada um de nós com um grau elevadíssimo de risco e que, seja pensando no próprio umbigo, seja pelo hoje *démodé* sentimento de amor ao próximo, passa da hora de procurar soluções ao invés de apenas lamentar-se dos problemas (SOUZA, 2017, p. 105).

Desta forma, o lançamento em massa de notícias demagogas, desperta na sociedade um encanto pela punição, resultado do medo, e, por consequência, demanda do Direito Penal uma resposta imediata e repressiva, assim, a forma mais fácil e eficaz, por vezes, é a criação de novas leis, o que, por sua vez, resulta na criação das leis penais puramente simbólicas, conforme Bourdieu (1997):

Os jornalistas têm “óculos” especiais a partir dos quais veem certas coisas e não outras; e veem de certa maneira as coisas que veem. Eles operam uma seleção e uma construção do que é selecionado. O princípio da seleção é a busca do sensacional, do espetacular. A televisão convida à dramatização, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico. Em relação aos subúrbios, o que interessará são as rebeliões (BOURDIEU, 1997, p.25).

A Legislação Simbólica, para Neves (2007, p.1 apud LENZA, 2009, p. 31) “[...] aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”. Ainda sobre o conceito de legislação simbólica, propõe-se uma tipologia da legislação simbólica, dividindo seu conteúdo em confirmação de valores sociais; demonstração da capacidade de ação do Estado e adiamento de soluções para conflitos sociais através de compromissos dilatatórios (NEVES 2007, apud LENZA, 2009).

A confirmação dos valores sociais se refere ao interesse de um grupo em meio a sociedade que é tido como privilegiado pelo legislador que faz prevalecer os interesses de tal grupo. Como exemplo, pode-se citar a Lei Seca, que transformou um crime que até então era de perigo concreto, em crime de perigo abstrato. Incluiu-se o submetimento do motorista alcoolizado ao teste do etilometro ou exame sanguíneo para comprovação do estado ébrio do condutor, fato que, vai de encontro ao princípio de que ninguém pode produzir prova contra si mesmo (NEVES 2007, apud LENZA, 2009).

Há uma radicalização nas atuais relações entre as pessoas da sociedade. A violência e o ódio tem sido comuns em meio à população, crescendo na ideia das pessoas na mesma medida em que se dissemina a falta de consenso. Circunstancias que eram resolvidas de forma simples e legítima, desatrelam conflitos onde o Estado tem de ser mediador, movendo toda uma máquina jurídica desnecessária:

As cortes judiciais são abarrotadas por casos irrelevantes de uma sociedade cada vez mais antagônica (dividida de acordo com a idade, classe social, cor da pele, opção sexual etc.) e incapaz de solucionar mesmo que pequenos conflitos. Nessa fase, grupos de auto-vitimização passam a demandar sua inclusão no processo político, a fim de que seus interesses específicos sejam erigidos à condição e “direitos humanos” (como se a simples condição de ser humano, independentemente de qualquer predicado, não fosse bastante). A tensão gerada por esses grupos, fomentada até atingir proporções paroxísmicas, leva à etapa seguinte (processo de crise): os órgãos que detêm a legitimidade (oriunda do voto popular) para o exercício do poder são substituídos por estruturas artificiais (comitês não eleitos, mídia, tecnocratas, ONG’s etc.) que levam a sociedade ao colapso (PESSI, 2017, p. 73).

A população encontra-se em um patamar de exaustão frente à tamanha instabilidade mergulhada pelo país. Clama-se por um governo corpulento que lhe parece a melhor ideia como muito bem retrata Jouvanel (2010):

Seja como for, quer o equilíbrio das facções produza o não-governo, ou que as vitórias alternadas das facções produzam uma sucessão de excessos contrários, a incerteza é tão grande, as condições necessárias à vida social são a tal ponto arruinadas que os povos, finalmente cansados da impotência de um *Imperium* sempre mais disputado, ou de ruinosas oscilações de um *Imperium* sempre mais pesado, aspiram a estabilizar este peso esmagador do Poder que rola aleatoriamente de mão em mão, e acabam por encontrar um vergonhoso alívio na paz do despotismo (JOUVENEL, 2010, p. 349).

Sendo assim, não foi atingido o fim a que se propôs e concedeu a determinado grupo apenas um status, e não a eficácia da lei:

Neste caso, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa vitória legislativa se caracteriza como verdade superioridade da concepção valorativa, sendo secundária a eficácia normativa da lei. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo adversário (LENZA, 2009, p. 91).

A Legislação Penal também gera um efeito mediante a criação em caráter de urgência das leis, causando uma falsa imagem de que o Estado está cumprindo seus deveres na tangente de proteção aos bens jurídicos da população. Implantou-se na mente da sociedade um costume de que quando surge um problema itinerante, a criação de uma lei, ou a asseveração de uma já existente, iria se apresentar como forma eficaz (LENZA, 2009). A legislação apenas torna-se introdutora de um falso bem estar na sociedade:

Além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar confiança nos sistemas jurídicos e político. Diante de certa insatisfação da sociedade, a legislação-álbi aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado (LENZA, 2009, p. 92).

Para Souza (2017, p. 105):

Transparece, com toda evidencia, que o brasileiro em geral, está acometido de uma doentia espécie de insensibilidade moral, fruto, quiçá, da repetição diuturna de notícias de fatos inaceitáveis, com aquele indefectível tom dissonante de indignação conformista que, pela reprodução em doses homeopáticas, adquire um tipo de poder anestésico sobre os espíritos dos leitores, ouvintes e telespectadores. Somos hoje um povo formado em sua imensa maioria por indivíduos indiferentes à tragédia alheia ao mesmo tempo em que se veem em constante estado de alerta, amedrontados com o risco do mal que possa vir a acontecer a si ou aos seus a qualquer momento (SOUZA, 2017, p. 105).

Outro efeito é a postergação da solução dos conflitos sociais, transferido pelo Estado - o qual seria o detentor de soluções, a resolução de conteúdos para um futuro de incertezas, onde a Lei somente será uma paz efêmera à população, sem que se vincule à real aplicabilidade desta:

A Legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, ser aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado (LENZA, 2009, p. 93, apud NEVES, 2007, p. 42).

No Brasil, na década de 80, logo após a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil, houve uma fase em que instaurou-se o terror ou a chamada legislação do pânico, em decorrência do sequestro de um empresário famoso, o que consagrou a criação da Lei nº 8.072/1990, a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990). Esta lei instituiu a impossibilidade de fiança para crimes como tortura, tráfico de drogas, estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio, genocídio, sequestro, e impediu a progressão da pena, ou seja, o condenado deveria cumprir a pena integralmente em regime fechado (KERSTENETZKY, 2012).

Em 1993, houve o assassinato brutal da atriz e bailarina Daniella Perez, que foi morta com 13 golpes de tesoura ao longo de seu corpo, este, por sua vez, resultou na criação da Lei 8.930/1994 (BRASIL, 1994), a Nova Lei dos Crimes Hediondos, e a inclusão do crime de homicídio em seu rol, que havia sido retirado anos após a publicação da Lei em seu estado original (ROCHA, 2012).

Diversas outras legislações vieram a ser criadas mediante fatos ocorridos no país, outro exemplo a Lei nº 9.455/1997 (BRASIL, 1997), que criou o crime de tortura, por consequentes atos praticados por policiais militares em algumas favelas no Estado de São Paulo (KERSTENETZKY, 2012).

Desta forma, ao longo dos anos tem-se elaborado legislações visando a máxima intervenção da Lei Penal, minimizando os direitos fundamentais do infrator, distanciando a ideia de defesa social da preservação dos interesses do indivíduo que cometeu crime:

Sem muito esforço é possível notar que grande parte dos ingredientes da fórmula do estado de pandemônio social vivenciado no país encontra-se presente na nossa aleatória seleção noticiosa, palpável, como *ersatz* farsesco das trombetas do apocalipse a gritar sua presença mortificante e seus fins tenebrosos. Tráfico de drogas, violência, matança desenfreada, corrupção sistêmica e enraizada, aparato de segurança pública sucateado, caos penitenciário, domínio tirânico do crime organizado sobre corpos sociais pobres e inermes, hipocrisia e cupidez de muitos dos defensores dos direitos “dos outros”, desfibramento moral generalizado, impunidade sem precedentes e muita, enorme, infinita insegurança, entre outros aspectos da nossa barbárie geral, tudo isso está presente nos fatos

retratados e nas pílulas de terror diário que nos fornecem os noticiários (SOUZA, 2017, p. 106).

Tem-se a lei penal simbólica quando a mesma é sancionada mediante um impacto provocado na sociedade, principalmente através da mídia que veicula informações pervertidas e voltadas ao interesse de uma parte da sociedade, provocando diretas consequências na *ultima ratio* e suas ramificações, servindo como remédio para as mazelas resultantes do crime e da violência. Tal punitivismo mascara a ausência da intervenção séria e efetiva do Estado através de políticas públicas e comprometidas com a sociedade (educação, saúde, saneamento básico, etc), combatendo os sintomas da sociedade e não dando soluções para as causas da criminalidade.

Souza (2017), disserta sobre o assunto:

Mas seria demasiado otimismo afirmar que chegamos ao fundo do poço. Tudo o que estamos experimentando enquanto nação é resultante de um processo que, não interrompido – e até as baratas das fossas sabem que está muito distante de sê-lo – necessariamente deve levar-nos a níveis de desgraça, pobreza e desenfreio moral abissais (SOUZA, 2017, p.106).

Tem-se uma problemática que envolve muito mais do que um sistema penal em crise, segundo SOUZA (2017), “[...] contudo, é possível esclarecer algo do problema através de uma anamnese histórico-fático-político-cultural-ideológica [...]”, porém, em resumo, há um nome para isto tudo, o garantismo penal.

#### **4.2 Estado Penal Forte x Estado Penal Fraco: a política criminal como espetáculo**

Em meados da década de 30, o Estado criou direitos e garantias ao trabalhador e sua família, bem como direitos sociais. Porém, no Brasil, o Estado de bem-estar social não tomou os mesmos rumos daqueles países que serviram de exemplo para esta política ser implantada. Aqui, as promessas não foram realizadas e as políticas públicas foram mínimas frente aos interesses da época.

O agente de toda e qualquer política social deve ser o Estado, fato que, não ocorre no país, sendo assim, considerado na doutrina penal como não houvesse a existência de um Estado Social, já que, o que há são apenas promessas não realizadas e déficit social, onde existe grandes discrepâncias de classes sociais. Através da omissão estatal na garantia de direitos e na efetivação de políticas sociais,

tais questões ficam em voga, tornando estas, tanto mais complexas quanto mais perplexas (TAQUES, 2007). A questão social é refletida no desemprego, nas periferias, na fome, na violência e na enorme criminalidade:

Que esperar de crianças que vivem em favelas infectas, em promiscuidade com elementos de toda a ordem, vendo as cenas mais deprimentes, os gestos mais acanhados, os procedimentos mais ignominiosos? Que esperar de crianças que em pleno período de formação dormem ao relento, sentindo frio, debaixo de pontes, à porta de casas comerciais, lado a lado com toda a espécie de marginais adultos? Que esperar de crianças que prematuramente conhecem os horrores da fome e que se alimentam de migalhas jogadas fora ou da caridade pública? Quando uma criança dessas chega a lançar mão do que é alheio, podemos, temos o direito de chamá-las de delinquentes? (MICHAUX, 1961, *apud* FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 486-487).

Nestes lugares, por exemplo, a ausência do Estado é notada de forma expressiva, a sociedade passa a ser indiferente frente à tais situações, e o Estado que deveria ser de bem-estar, tornou-se um Estado puramente Penal. O Estado Penal pode ser caracterizado pelo aumento da repressão do Estado sobre as camadas menos favorecidas, como forma de conter os efeitos da redução das políticas sociais. Para Wacquant (2001, p. 10), o Estado é resposta, “[...] pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios [...], do aparelho policial.”

O Estado pode ser dividido em Estado fim e Estado meio, segundo doutrinas *heteropoiéticas* e *autopoiéticas*:

[...] o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. [...], ao invés, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Portanto, o ponto de vista das doutrinas do primeiro tipo é unicamente aquele interno do Estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos, e o ponto de vista das doutrinas do segundo tipo é sobretudo aquele externo da sociedade e das pessoas que a compõe, consideradas essas mesmas como fins e valores relativamente aos quais é o Estado um meio instituído para sua tutela (FERRAJOLI, 2002, p. 706).

São *autopoiéticas* as doutrinas de legitimação desde o alto, desde as pré-modernas, que fundam a soberania do Estado sobre questões como Deus, religião, natureza, entre outras questões. As mudanças dos sistemas políticos e jurídico, gerou

fontes de legitimação teológica ou natural. Na Idade Moderna romperam-se estes paradigmas e surgiram doutrinas idealistas e realistas referentes ao Estado. Estas ideologias se aproximam do princípio da legalidade, não somente como princípio jurídico interno, mas como princípio axiológico externo, deixando a legitimidade sobreposta a legalidade jurídica, dando as leis valor e não apenas validade (FERRAJOLI, 2002).

*Heteropoiéticas*, são as teorias segundo as quais a legitimação política do direito e do Estado advém de um meio externo – da sociedade, uma soma entre pessoas, forças e classes sociais. Os mais diversos tipos de direito, e é claro, incluindo o Direito Penal, são concebidos como um meio criado pelo homem e para ele mesmo, servindo com um instrumento:

O que para este é natural, não é com rigor, o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é artificial não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutela-los ou limita-los. Direitos inatos ou naturais, para além da metafísica jus naturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos pré-estatais ou pré-políticos, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são fundamentais ou fundadores de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. O vício ideológico, além de metafísico, do jus naturalismo, foi a ideia de um direito natural como entidade ontológica, no lugar de puramente ideológica (FERRAJOLI, 2002, p. 707).

Quando tem-se um Estado presente, atuante na sociedade através de políticas públicas adequadas - educação, cultura, saúde, distribuição de empregos e renda, o Direito Penal apenas seria utilizado em casos específicos de real necessidade. O que se tem apresentado é um uso excessivo do direito penal, demonstrando a ineficácia estatal, a qual se utiliza de tal ramo do direito, espetacularizando-o, ou seja, deixando para o direito penal todo serviço que ora deveria ser desempenhado pelo Estado.

Dá-se à população, desta maneira, a falsa ideia de que o Estado está sendo atuante de forma eficaz na solução de todos os problemas sociais, quando, na verdade, nada está fazendo para combater a criminalidade e a violência em sua origem.

O Direito penal deve apenas atuar nas questões mais importantes e nos bens mais necessários da sociedade. Com o passar do tempo, a legislação penal sofreu constantes evoluções, uma delas diz respeito às penas, em sua aplicação e até mesmo abolição do ordenamento jurídico.



Observa-se no decorrer da história da humanidade houve uma diminuição dos meios punitivos e da intervenção estatal em algumas condutas, porém, de outro lado, vem uma crescente demasiada no fenômeno da criação exacerbada de leis que trazem novos tipos penais incriminadores.

O princípio da intervenção mínima, tratado por Grecco (2009, p. 25) como “coração do Direito Penal”, tem o intuito de proteger os bens essenciais e mais importantes da sociedade, deixando para os outros ramos do direito as situações menos relevantes:

O Direito penal Mínimo é, sem nenhuma margem de dúvida, a correta representação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, respeitador do direito à diferença, em suma, de um modelo político social que tenha o ser humano - e sua dignidade - como centro fulcral da organização estatal (FRANCO, 1996, p. 185).

Este instituto visa a criação de tipos penais e instituir penas pelo Estado, somente quando efetivamente necessário à proteção dos bens e interesses pessoais mais relevantes e importantes de seus cidadãos.

### **4.3 Crimes sob a luz do Simbolismo Penal brasileiro**

O crime, muitas vezes, desempenha uma função emocional na população, aflorando medo, ira e desejo de vingança. Para Nabuco Filho (2016) “Daí o Direito Penal ser um campo fértil par as propostas esdruxulas, mais calcadas no emocional da população, que na busca efetiva de solução dos problemas criminais.”

A proteção dos bens jurídicos, como a vida, honra, patrimônio, entre outros, é papel desempenhado pelo Direito Penal, porém, atualmente, vem desempenhando uma função distorcida, a já estudada, função simbólica, que seria politicamente pura demagogia. Esta desvirtuação do Direito Penal, normalmente se dá através de propostas que exploram o medo e a insegurança da população. O legislador não visa a proteção do cidadão através da garantia dos bens jurídicos que vem sendo violados com o crime, mas sim uma forma de bajular o povo, realizando seus desejos, mesmo que isso não diminua a criminalidade (NABUCO FILHO, 2016).

Tratam-se estas, de leis que surgem frente situações pretensamente excepcionais, que dão motivo para a adoção de penas restritivas de direitos individuais, e também a maleabilidade de preceitos da Constituição.

A criminalidade desperta números alarmantes na atual sociedade. No Brasil tem-se uma morte criminosa a cada 9 minutos, dois roubos a cada minuto, onde encontram-se 21, das 50 cidades mais violentas do mundo. Tem-se uma verdadeira onda de roubos, estupros, homicídios, extorsões mediante sequestro, as quais vem gerando imensa insegurança à população, criando um clima de pânico total. A sociedade clama ao Estado que algo se faça, principalmente na esfera legislativa, a fim de reduzir a prática de delitos, para que assim, se proteja de forma mais severa os interesses intrínsecos à vida social (PESSI, 2017).

Neste contexto, novas condutas singulares vem motivando, desde a década de 90, novas leis penais de emergência, como a Lei do Crime Organizado, Lei dos Crimes Hediondos, e até mesmo o Femicídio atrelado a Lei Maria da Penha. O que deveria ser uma exceção, tem se tratado como regra, e o direito penal usado como meio mais fácil e eficaz para resolução de tais problemas:

O controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança (FRANCO apud. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 10).

Quando um fato merece repercussão especial na mídia, propostas para aumento de pena, supressão de direitos, tipificações criminais novas, surgem para responder de forma sensata, porém satisfatória, o sentimento emocional da população amedrontada. Exemplo claro, adotado largamente pela doutrina como manifestação do Direito Penal de emergência foi a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (BRASIL), a Lei dos Crimes Hediondos.

No fim da década de 80, início da década de 90, o crime de extorsão mediante sequestro, crime raro até então, assolou principalmente pessoas notórias do país. A sensação de insegurança foi disseminada na população, levando o legislador editar uma lei, considerada imperfeita e carregada de inconstitucionalidades. Em meio a atmosfera de insegurança a qual estava mergulhada a sociedade brasileira, começou haver um clamor por leis penais mais severas, até pena de morte e prisão perpétua

para os criminosos. O mais importante era acalmar a população amedrontada, dando à ela, a falsa ideia de que o legislador estava realmente dando atenção ao problema da criminalidade violenta e oferecia, com agilidade, meios penais grotescos para sua superação (GOMES, 2005).

Eis que o Direito Penal simbólico recria-se frente a comoção social e à prática de crimes repugnantes, de pessoas públicas e famosas, com altas repercussões midiáticas, reprimidos com forte rigor, tornando ineficaz devido meros símbolos de rigor excessivos, caindo na inaplicabilidade efetivas. Para Beccaria (2000):

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam o menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos... Se os cálculos exatos pudessem ser aplicados a todas as combinações obscuras que levam os homens a agir, seria necessário buscar e estabelecer uma progressão de penas que corresponda à progressão dos delitos. O quadro dessas duas progressões seria a medida da liberdade ou da escravidão da humanidade ou da maldade de cada país (...). Bastará, pois, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penalidades proporcionadas aos crimes e que, especialmente, não aplique os menores castigos aos maiores delitos (BECCARIA, 2000, p. 61-62).

A Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990) veio, nada menos, em decorrência da emergência, da proliferação da criminalidade, e para contentar a população, principalmente às elites dominantes e a mídia, marcando a Lei com um grave simbolismo e emergencialismo. Esta Lei nada mais busca que a demonstração de um efetivo serviço prestado pelo Estado, trazendo penas severas como resposta à sociedade que está saturada com os altos índices de criminalidade. Este aspecto simbólico gera uma política criminal ilusória, deixando de dar soluções reais aos problemas (PRUDENTE, 2013).

A Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), previu como inafiançáveis os crimes de tráfico de drogas, tortura, estupro, atentado violento ao pudor, genocídio, latrocínio, sequestro, e impediu a progressão de pena (sujeito delinquente deveria cumprir sua pena, integralmente, puramente em regime fechado). Ou seja, o acusado por crime de tráfico de drogas, por exemplo, deveria ser encarcerado de imediato, não tendo direito de responder ao seu processo em liberdade, nem direito ao regime semiaberto (KERSTENETZKY, 2012).

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados (BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990).

A redação original de tal Lei, em seu artigo segundo, “caput”, determinou além deste supracitados, como equiparados a estes, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins, e terrorismo, nas hipóteses citadas dentre os incisos e parágrafos deste mesmo artigo.

Pelas inúmeras falhas contempladas por esta Lei, o homicídio não foi contemplado entre os crimes hediondos, deixando tal conduta gravíssima fora do rol dos delitos tidos como altamente repugnantes. Em 1992, um assassinato brutal na elite brasileira, a morte da atriz e bailarina Daniella Perez, que recebeu 13 (treze) golpes de tesoura e teve 4 (quatro) perfurações no pescoço, 8 (oito) no peito, e outras que atingiram seus pulmões, dentre outros órgãos. Este, por sua vez, levou à criação da Lei nº 8.930/1994, a Nova Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1994), e, conseqüentemente, a inclusão em sua redação do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos (ROCHA, 2012).

Desta forma, o rol dos crimes hediondos passou a ser composto por sete incisos, incluindo dentre os hediondos, os delitos de homicídio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e, na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, e epidemia com resultado morte. A Lei também incluiu o parágrafo único para se tratar do genocídio, tipificado em lei esparsa (VEIGA, 2003).

A Lei 9.659 de 21 de agosto de 1998 (BRASIL, 1988), alterou o artigo 273 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), inserindo os itens VII A e VII B, ao artigo 1º da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), o primeiro inciso mencionado foi posteriormente revogado, sendo que o segundo inseriu a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos hediondos (VEIGA, 2003).

Banalizando a violência, esta lei comparava, por exemplo, um usuário de drogas a um assassino ou sequestrador. Até para aqueles crimes com hediondez

grave, esta legislação foi alvo de inúmeras críticas, considerando que a ressocialização destes sujeitos seria impossível, uma vez que não existiria a progressão para o regime semiaberto, tendo a possibilidade do apenado de trabalhar para reduzir sua pena, por exemplo (KERSTENETZKY, 2012).

Em mais de 20 anos tendo a presença da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990), em nada diminui a incidência de tais crimes. Hoje, apenas se atestam os reflexos negativos desta política equivocada. Gomes (2005, p. 09) ensina, “De uma vez por todas temos que proclamar: se mudanças nas leis penais fossem a solução para nosso gravíssimo problema de violência e criminalidade epidêmica já estaríamos vivendo num paraíso”.

No ano de 2007, a Lei dos Crimes Hediondos obteve inúmeras discussões provenientes da reforma, através da Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007. A vedação à progressão de regime foi enfim declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o qual elaborou a súmula vinculante 26. Esta decisão reformulou a definição do regime privativo de liberdade inicial à disciplina do Artigo 33, § 2º do Código Penal; O juiz passa a ter poder de sentenciar frente a cada caso, impondo regime mais severo do que o previsto, desde que fundamentado (PEDRINHA; GUIMARÃES, 2017).

Sendo assim, a Lei 11.464/2007 pode ser considerada benéfica em relação a original Lei dos Crimes Hediondos, uma vez que dá possibilidades de progressão de regime. De outro lado, àquela antiga Lei, é gravosa em relação ao critério temporal previsto na Lei de Execuções Penais.

Atualmente, a Lei do Crime Organizado serve como exemplo em voga de legislação simbólica e de puro *marketing*, lançada no país. A Lei nº 9.034 de 3 de maio de 1995, aborda, subjetivamente, o crime organizado (tráfico de drogas, por exemplo), moldando novas formas arbitrárias e abstratas de procedimentos e deixa à mercê da polícia o chamado flagrante esperado retardado. Mais uma vez, como uma cópia fidedigna da Lei dos Crimes Hediondos, esta, fere princípios constitucionais, como a autorização para juízes pessoalmente recolherem provas referentes aos processos (SOUZA, 2008).

No que se refere a legislação penal simbólica, mais uma vez, a Lei nº 13.330 de 02 de agosto de 2016, trouxe o crime de abigeato, dispondo de uma nova qualificadora para o crime de furto e de uma nova tipificação penal para receptação de semoventes domesticáveis de produção. Esta criação de novas leis, com o intuito

de gerar uma falsa segurança na população, vem deturpando a função do poder legislativo, mais uma vez, deixando de lado soluções eficazes para a criminalidade (ALVES, 2017).

Incerta é a pretensão legislativa quanto a criação desta qualificadora, que traz uma pena menor que a qualificadora para o furto em geral, além de não prever multa tratando-se de um crime patrimonial. A receptação de animais também ficou afastada, uma vez que a Lei apenas menciona a produção e comercialização posterior destes animais. Mais uma vez, põem-se em cheque a real função do Direito Penal.

Sancionada em 9 de março de 2015, a Lei nº 13.104 (BRASIL), inseriu no art. 121 do Código Penal o feminicídio, sendo ele uma nova modalidade de homicídio qualificado, o qual compreende a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (violência de gênero quanto ao sexo). Constante ao artigo 121, inciso VI, parágrafo 2º do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 121 [...]
   
Homicídio qualificado
   
§ 2º Se o homicídio é cometido:
   
[...]
   
VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei 13.104, de 2015)
   
Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
   
[...]
   
§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
   
I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)
   
II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, Incluído pela Lei nº 13.104, 2015).

Tal qualificadora reclama a violência despendida contra a mulher, caracterizando-se por relação de poder e submissão, sendo praticada por homem ou mulher sobre mulher, em um quadro de vulnerabilidade. O feminicídio passou a figurar como sexta qualificadora do crime de homicídio. (CUNHA, 2016). Apresenta-se, através do legislador, uma nova forma simbólica de aplicação demagoga do Direito Penal:

Antes da Lei 13.104/15, esta forma do crime já qualificava o homicídio, mas pela torpeza, sendo igualmente rotulada como hedionda. A mudança, portanto, foi meramente topográfica, migrando o comportamento delituoso do art. 121, § 2º., I, para o mesmo parágrafo, mas no inciso VI. **A virtude dessa alteração está na simbologia**, isto é, no alerta que se faz da necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino (CUNHA, 2016, p. 63-64, grifo da autora).

Manifesta-se o direito penal simbólico, novamente, onde o Estado cria nova lei, sem produzir eficazes meios para o combate à criminalidade. Indubitavelmente não se questiona a proteção de toda e qualquer pessoa, inclusive daquelas que sofrem violência doméstica, por exemplo, porém, indaga-se a licitude, a constitucionalidade, ou se realmente há pretensões de proteção que atendam a finalidade da pena:

Releva notar que o tipo penal é excessivamente aberto, veiculando uma motivação específica como elementar. É dizer, para que haja o delito de “feminicídio” o crime de ser motivado “por razões da condição do sexo feminino”. Um primeiro registro, além da corruptela pelo cacófono no tipo penal, é da questionável constitucionalidade, por direta violação ao princípio da taxatividade, desdobramento lógico do princípio da legalidade. De nada adianta haver legalidade se os tipos penais puderem ser permeados de elementos abertos ou normativos. A legalidade somente cumpre a sua garantia quando acompanhada da indissociável taxatividade (EL HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015).

Neste diapasão, a mulher, frente a nova legislação, torna-se uma elementar objetiva da qualificadora, pondo em dúvida a constitucionalidade delituosa, uma vez que vai de frente ao princípio da igualdade, legalidade e lesividade. Em pleno século XXI, uma nova Lei é criada, sem a inclusão na figura do sujeito passivo, de travestis, transgêneros, relações homoafetivas entre uma mulher e um homem.

A violência contra a mulher, por exemplo, não deveria ser analisada pelo número de delitos cometidos, para dizer que a criação de uma norma específica se faz necessária, uma vez que a proteção do direito penal deve se estender a toda e qualquer pessoa, bem como o número de delitos não pode ser justificativa para o aumento de uma pena, vez que deve ser proporcional ao bem jurídico que está sendo tutelado (ROXIN, 1997). Não é desta forma que se busca a efetividade constitucional das normas penais:

Efetivamente, nessa linha, se tem alteração legislativa que viola o princípio da lesividade, porquanto, sem que haja qualquer referência efetiva a um maior desvalor da conduta ou do resultado, qualifica o homicídio praticado contra mulher, pelo fato de ser do sexo feminino, e não em razão de demais circunstâncias. Na prática, como se verá, as razões de menosprezo à condição do sexo feminino terminarão por ser pressupostos, de sorte que todo homicídio praticado contra mulher implicará em incidência do tipo penal de feminicídio. Destarte, será assim violado o princípio do *ne bis in idem*, pois a violação à vida será duplamente valorada (a configurar hipótese qualificada de homicídio), sem que haja supedâneo para a elevação da pena cominada para a figura simples. Sabe-se que, no passado, a Lei Maria da Penha, por motivações de gênero, realizou mudanças no ordenamento penal e processual penal. No âmbito penal, contudo, certo é que a alteração

promovida não criou ou sobrelevou a pena da violência praticada contra a mulher, mas em relação a qualquer violência doméstica (HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015).

Desta forma, acaba-se por gerar mais conflitos do que soluções na esfera penal. Trata-se de uma utilização meramente simbólica do direito penal:

Assim, o direito penal simbólico não teria função instrumental — ou seja, não existiria para ser efetivo — mas teria função meramente política, através da criação de imagens ou de símbolos que atuam na psicologia do povo, produzindo determinados efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação: a) legitimação do poder político, facilmente conversível em votos — o que explica, por exemplo, o açado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as vantagens da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado democrático de direito em Estado policial. O conceito de integração-prevenção, introduzido pelo direito penal simbólico na moderna teoria da pena, cumpriria o papel complementar de escamotear a relação da criminalidade com as estruturas sociais desiguais das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado (SANTOS, 2002, p. 56).

O simbolismo penal é a utilização das normas penais puramente representativa, sem efetivamente reduzir os índices de criminalidade, sendo, na maioria das vezes mero atendimento à opinião pública. A Lei nº 13.104/2015, não traz grandes novidades ao direito penal, sendo medida puramente simbólica, apresentando algumas inconstitucionalidades: a) a violação da isonomia, por criar uma qualificadora ao homicídio por razão do sexo feminino, b) viola a taxatividade, trazendo à tona a ideia de que o sexo feminino é o “sexo frágil”, refletindo em um menosprezo ou discriminação a tal condição, c) viola a lesividade, por ter seu conteúdo puramente simbólico, d) pode violar o princípio do *ne bis in idem*, ao aplicar majorante na tangente feminicídio praticado contra grávida, e ao dar valor, sem pretensões reais, à qualificação do homicídio praticado contra pessoa do sexo feminino (HIRECHE; FIGUEIREDO, 2015).

A Lei nº 9.034 de 1995 (BRASIL), criada com a intensão de combater o crime organizado no país, surgiu sem definições próprias para o crime organizado, e levou sua conceituação próxima à crimes já tipificados, como o crime de formação de quadrilha ou bando. Há claramente a falta de estudo quanto à criminologia brasileira para responder a efetividade real do crime organizado. A Lei nº 10.217 de 2011



(BRASIL) trouxe mudanças ao texto original da lei, trazendo mais confusão à conceituação. Conferiu-se aos juízes poder instrutórios, criando a figura do juiz inquisidor. A falência de estruturas nacionais importantes (como a polícia e as forças armadas), frente ao combate do crime organizado, acabou buscando na figura do juiz um combatente à toda problemática, o qual não dispõe dos meios necessários para tal atuação, a qual seria puramente policial (ROESLER, 2004).

Outra armadilha trazida por tal lei, trouxe a introdução da infiltração de agentes de polícia ou inteligência no crime organizado, objetivando a produção de novas provas, mediante autorização judicial. Fere a Constituição Federal (BRASIL, 1988), uma vez que o art. 144 desta, prevê a investigação puramente à Polícia Federal e à Polícia Civil Estadual, dando margem a outras interpretações, as quais poderiam incluir até mesmo um policial militar infiltrado em uma organização criminosa. No que se refere a agentes de inteligência, seu real significado seria de coletar provas para o processo penal subsidiando os governos com informações, a fim de prevenir o Estado. Portanto, se não visam colher provas, não há necessidade desta infiltração no crime organizado. Tornando por vez inócuo tal dispositivo, a lei não prevê a prática de condutas ilegais que viabilizem a operação de infiltração dos agentes no crime organizado (ROESLER, 2004).

Aproxima, o autor, o crime organizado à função meramente simbólica frente ao clamor social, mais um crime:

A falácia do combate ao crime organizado assume várias formas. Seja no engodo de fazer acreditar que toda a criminalidade violenta atual está ligada às organizações criminosas, seja no atropelo de atribuições praticado pelos órgãos de repressão do Estado. É necessário ter a sensibilidade para saber diferenciar a criminalidade comum dos atos praticados pelo chamado crime organizado. **Em busca de notícias de primeira página, a imprensa procura em um simples homicídio passional a conexão inexistente com um grupo de extermínio.** Da mesma forma, os crimes contra o patrimônio causados pelas graves distorções sociais e pelo crescimento da miséria podem transformar-se em obra arquitetada por sindicatos do crime de existência duvidosa. A conexão da criminalidade com o Poder Público é sempre buscada numa histeria desenfreada de provocar escândalo e atrair a atenção das classes A e B que não se interessam por notícias corriqueiras. Por outro lado, visando dar uma satisfação aos reclamos da mídia, os governantes anunciam a criação de "forças-tarefa" para combater o que nem sempre existe. Aliás, uma das maiores falácias da atualidade são essas "forças-tarefa" criadas a esmo, sem objetivo definido, muitas vezes instituídas para promover vaidades pessoais em detrimento das instituições. Nesse contexto, as disputas corporativas crescem e o atropelo de atribuições campeia. As investigações são sempre acompanhadas pela imprensa e o segredo tão pregado pela Lei n. 9.034/95 é esquecido para promover certos agentes públicos. Como resultado, a conclusão das "forças-tarefa" é quase

sempre a mesma: não se chega a conclusão nenhuma. Mas a fogueira das vaidades também arde no Legislativo brasileiro. Ao invés de ocupar-se com sua atribuição fundamental de legislar corretamente, os representantes do povo criam CPI's sob os mais desvairados pretextos. [...] Portanto, é fácil concluir que qualquer ação de combate ao crime organizado passa, obrigatoriamente, pela "organização" da sociedade dominante que deve procurar satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos (ROESLER, 2004, grifo da autora).

Neste sentido, apresenta-se na prática, a legislação penal simbólica, na medida em que ela é criada para ser usada como mero símbolo, e não solução de problemas. Embora criadas sem efetividade ou legitimidade, tais leis respondem a uma demanda social, gerando impunidade e ineficiência de todo sistema jurídico, pois a criminalidade em nada diminui. O direito penal desfila como um acessório paliativo, vestindo a facilidade de se alterar um tipo penal, ao invés de costurar uma modificação estrutural em toda política, bem como na segurança pública.

#### **4.4 Estabelecendo o diagnóstico da atual (in)segurança jurídica social**

O embasamento teórico proposto pelo estudo permite que seja apontado como parte da cultura jurídica do País a constante criação e alteração das leis penais, sempre com o intuito de equalizar problemas sociais através do uso do Poder Legislativo.

Partindo-se dessa premissa, a pesquisa de opinião, através da formulação de um questionário não identificado e público, que, por este fato não teve necessidade de ser aprovado pelo Conselho de Ética, conforme a Resolução nº 510 de 07 de abril de 2016 (BRASIL, 2016). O questionário foi disponibilizado em redes sociais na internet, entre os dias 27 e 29 do mês de agosto de 2017, contendo perguntas objetivas, com a intenção de verificar qual o sentimento contido na sociedade a cada mudança na legislação penal incriminadora. Foram respondidos ao final do período disponibilizado, 220 (duzentos e vinte) questionários.

Os dados coletados na amostragem da pesquisa, demonstram que a sociedade, que foi representada pelos indivíduos que se submeteram ao questionário, entendem que efetivamente o recrudescimento da lei penal é fator preponderante da inibição de condutas delituosas.

Inicialmente, a pesquisa busca estabelecer um perfil do indivíduo que respondeu às perguntas realizadas pela pesquisadora. Para tanto, foram formuladas

perguntas relativas à faixa etária, a renda e a profissão do indivíduo. Na sequência a pesquisa aborda diretamente questões que dizem respeito ao grau de insegurança social, bem como as expectativas da população depositadas na Lei penal.

Dessa forma, para estabelecimento de perfil pessoal, com relação à faixa etária, o público questionado mostrou-se bastante variado, como representado pelo Gráfico 01.

**Gráfico 01** – Faixa etária do grupo que se submeteu à pesquisa pública realizada no mês de agosto de 2017.



**Fonte:** a autora (2017).

A concentração etária apresentou-se de forma variada. Entretanto, as respostas obtidas seguem um padrão, ou seja, mesmo com uma grande diferença entre idades, as opiniões pouco divergiram. 30,9%, ou seja 68 (sessenta e oito) pessoas, dentre as 220 (duzentas e vinte) que responderam ao questionário, possuem de 30 (trinta) a 45 (quarenta e cinco) anos de idade; 28,2%, ou seja 62 (sessenta e duas pessoas) possuem de 18 (dezoito) a 25 (vinte e cinco) anos; 20,5% pessoas (quarenta e cinco pessoas) possuem de 45 (quarenta e cinco) a 55 (cinquenta e cinco) anos de idade; 13,6% dos questionados, ou seja, 30 (trinta) pessoas, possuem de 25 (vinte e cinco) à 30 (trinta) anos de idade; e, por fim, em menor número, 6,8%, 15 (quinze) pessoas, possuem mais de 55 (cinquenta e cinco) anos.

Conclui-se que as respostas abaixo compiladas são fruto de uma pesquisa que obteve entre os perguntados diversas faixas etárias em suas respostas, onde, de uma forma muito semelhante, veem e entendem o fenômeno do direito penal de emergência e da criminalidade que atualmente assola o país.

A renda mensal do indivíduo que respondeu ao questionário também foi indagada, com o mesmo objetivo de aferir o perfil de tais indivíduos. Obteve-se o seguinte resultado com relação a esse aspecto, demonstrado pelo Gráfico 02.

**Gráfico 02** – Renda mensal apresentada pelo grupo que se submeteu à pesquisa pública no mês de agosto de 2017.



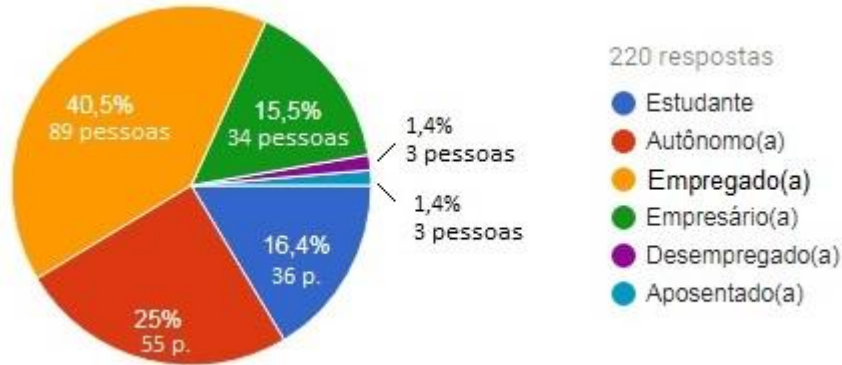
Fonte: a autora (2017).

Preponderam as respostas de pessoas com renda superior a quatro salários mínimos (52,3%, ou seja 115 pessoas dentre as 220 pessoas que se submeteram ao questionamento), porém, em outro plano, dividiram-se com parcimônia as respostas daqueles que recebem de um a quatro salários mínimos, ou seja, 17,7%, 39 (trinta e nove) pessoas, tem uma renda de dois a três salários mínimos; 16,4%, ou seja 36 pessoas, recebem de três a quatro salários mínimos; e, por fim, 13,6%, ou seja 30 pessoas possuem uma renda de um a dois salários mínimos.

Comprova-se, desta forma, que, pelo fato de as respostas terem se apresentado de forma bastante variada, independe a renda e a classe social ocupada pelos indivíduos que compõe a sociedade como um todo, pode-se dizer que a opinião pública mantém-se em uma constância. Desta forma, pode-se afirmar que a renda, seja ela desde a mais baixa, até a mais alta, se mantém estável em relação às opiniões dos questionados.

No que diz respeito à profissão ocupada pelo indivíduo que se submeteu à pesquisa de opinião, obteve-se o resultado representado pelo gráfico 03.

**Gráfico 03** – Profissão atual ocupada por cada indivíduo que se submeteu à pesquisa de opinião pública no mês de agosto de 2017.



**Fonte:** a autora (2017).

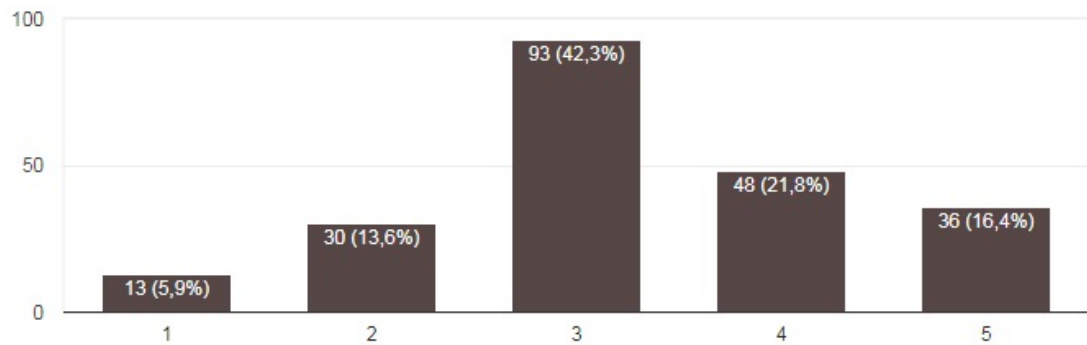
A maior parte dos indivíduos que respondeu ao questionário proposto identificou-se como sendo empregado, ou seja, trabalhadores assalariados. Esses indivíduos somaram 40,5%, ou seja, 89 (oitenta e nove) pessoas do total de 220 (duzentos e vinte) perguntados. 25% identificaram-se como sendo autônomos, ou seja, 55 (cinquenta e cinco) pessoas. 16,4% identificaram-se como estudantes, 36 (trinta e seis) pessoas, e 15,5%, ou seja 34 (trinta e quatro) pessoas como empresários. Apenas 1,4%, 3 (três) pessoas identificaram-se como aposentados e também outros mesmos 1,4% como desempregados.

Os resultados obtidos com relação à profissão permitem que se conclua que a maciça maioria dos indivíduos fazem parte da cadeia produtiva da sociedade, são trabalhadores ou pessoas que ainda contribuem atualmente, e que irão contribuir para o crescimento do país nos próximos anos, como é o caso dos estudantes. Isso pode significar que os resultados da pesquisa demonstram as expectativas da população economicamente ativa no ano de 2017 e anos seguintes.

Estabelecido o perfil do pesquisado, com relação aos resultados propriamente ditos, foi indagado a respeito do sentimento de insegurança do indivíduo ao caminhar pelas ruas ou frequentar lugares públicos. Os resultados obtidos estão representados pelo Gráfico 04.

**Gráfico 04** – Nível de segurança pública considerada individualmente por cada pessoa que se submeteu à pesquisa pública em agosto de 2017.

220 respostas



**Fonte:** a autora (2017).

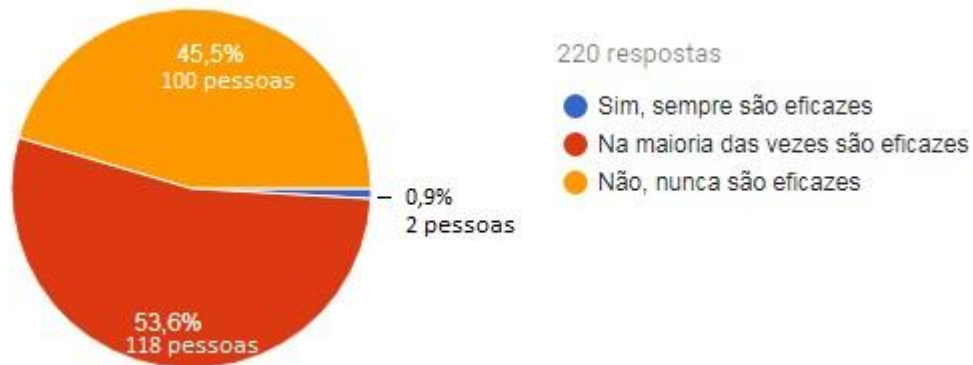
Os dados obtidos indicam que, em uma escala que varia de 1 a 5, onde 1 representava nunca e 5 habitualmente, a frequência em que as pessoas se sentem inseguras ao andar na rua, ou frequentar lugares públicos, em sua maioria é 03 (três). 42,3% dos questionados, ou seja, 93 (noventa e três) pessoas sentem-se inseguras em grau 03. 21,8%, 48 (quarenta e oito) pessoas sentem-se inseguras em grau 04 e 16,4%, ou seja 36 (trinta e seis) pessoas sentem-se inseguras ao caminhar pelas ruas ou frequentar lugares públicos em grau 05, quer dizer, habitualmente.

Os dados revelam que a maior parte dos pesquisados sente-se insegura nas ruas e ambientes públicos já que apenas 5,9% (13 pessoas do total de 220), responderam que nunca se sentem inseguras em tais locais ou circunstâncias. Assim, percebe-se que a insegurança é uma tônica na sociedade, sendo preocupação constante na vida das pessoas.

A população, que está mergulhada em intensa sensação de insegurança mesmo com a existência de leis penais amparando os mais diversos crimes, pelo fato de estarem cientes de que a legislação penal tem sido meramente simbólica em sua aplicação.

Com relação ao sentimento de que as normas penais sejam ou não eficazes em sua aplicação, os resultados apurados foram traduzidos pelo gráfico 05.

**Gráfico 05** – Eficácia na aplicação da pena quanto ao submetimento do criminoso à Lei Penal.



**Fonte:** a autora (2017).

Apenas 0,9%, ou seja 02 (duas) pessoas responderam que as normas penais são sempre eficazes. O restante dos questionados, ou seja, 218 (duzentos e dezoito) pessoas dividiram-se entre àqueles que entendem que a norma penal nunca é eficaz, 53,6%, ou seja 118 (cento e dezoito) pessoas, e, 45,5%, 100 (cem) pessoas, entendem que, na maioria das vezes a norma penal é eficaz.

O resultado obtido, num primeiro momento, parece contraditório, porém, veja-se que a maioria dos indivíduos ainda afirma categoricamente que as normas penais nunca são eficazes, o que é um resultado bastante perturbador, já que é sabido que o Estado deveria atuar constantemente na proteção dos principais bens jurídicos das pessoas, neste caso, da segurança pública e efetivação das tais normas penais.

O Estado mostra-se altamente ineficaz em sua atuação, deixando transparecer que sua mínima intervenção, ou seja, sua intervenção apenas através do legislativo, não tem contentado as pessoas. Este Estado, o qual deveria tutelar pelos bens pessoais, tem transferido à *ultima ratio* sua responsabilidade no investimento de outros setores básicos, como já demonstrado no embasamento teórico.

Mesmo sabendo que a atuação estatal através da aplicação da norma penal não tem sido eficaz, será demonstrado, nas próximas questões, que apesar desta ineficácia, a população clama por uma eficaz atuação da lei penal, e acredita, que nela está inserida sua segurança.

O asseveramento da pena como solução para o fenômeno da criminalidade foi questionado, obtendo-se os dados lançados no Gráfico 06.

**Gráfico 06** – Intimidação do possível delinquente através do asseveramento da pena de um crime já existente ou mediante a tipificação de um novo crime.



**Fonte:** a autora (2017).

A seguinte pergunta foi feita em relação a este questionário. “Você acredita que as Leis Penais, que são criadas com o intuito de punir àqueles que não as cumprem, são realmente eficazes em sua aplicação?”. A resposta obtida pelo gráfico, onde a maioria das pessoas, 67,3%, ou seja, 148 (cento e quarenta e oito) pessoas, responderam que creem que o asseveramento de uma pena (aumento de uma pena), ou a tipificação (criação) de um novo crime realmente são eficazes para intimidar o possível delinquente.

A resposta obtida no gráfico anterior (Gráfico 05), demonstrou que os pesquisados, em sua maioria, acreditam que as Leis penais não tem uma aplicabilidade efetiva, demonstrando-se assim, que o Estado tem sido ineficaz na aplicação da Lei. Porém, neste Gráfico, apesar da resposta obtida anteriormente, apresentou-se uma porcentagem relevante de pessoas que ainda assim, acreditam que a criação de leis penais, ou o aumento das penas de leis já existentes, possam efetivamente intimidar o criminoso.

A união destes dois fatores (a incredulidade na aplicação da Lei, que demonstra a falência do poder estatal, juntamente com os dados refletidos neste Gráfico 06, onde os questionados demonstraram aderência à ideia de que a criação ou aumento de penas das leis penais são inibidores do crime), demonstra que o caos instalado na sociedade em relação à criminalidade, gera uma ideia de legislação simbólica, onde mesmo sabendo-se que a Lei na maioria das vezes não será aplicada, ela basta e se esgota nos fins da intimidação.



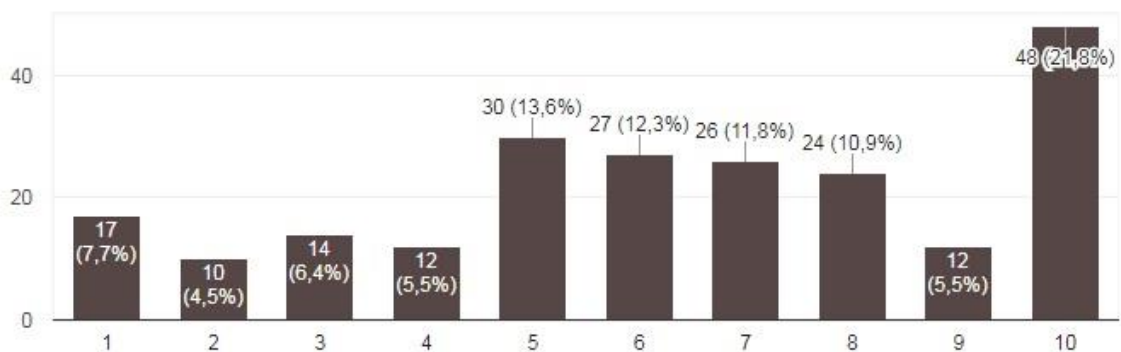
De fato, após a pesquisa teórica deste trabalho, resta claro afirmar que o simbolismo depositado na eficácia da Lei penal é realmente preponderante no meio social. A população, incrédula em medidas alternativas, que realmente poderiam ter uma eficácia maior, – como investimento estatal em serviços básicos de saúde, educação, cultura, segurança, etc., vê na legislação penal uma alternativa eficaz no que diz respeito ao constrangimento que esta pode causar no possível delinquente, fazendo com que ele repense suas pretensões antes de cometer crimes.

Sabidamente disserta Pessi (2017) sobre o assunto. O raciocínio é de fácil compressão: a população em geral acredita sim que o possível delinquente, acometido de temor em que possa haver uma condenação à prática de seu crime, seria elementar na coibição de tais condutas delituosas. Porém, no Brasil, a elucidação de homicídios, por exemplo, não chega a 8%, desta forma, prova-se que a impunidade é fator primordial para o cometimento de delitos (ou seja, a ineficácia na aplicabilidade da lei), porquanto, sem o esclarecimento dos delitos não existe uma efetiva aplicação da pena.

Posteriormente foi lançada uma pergunta em que os questionados responderam, em uma escala de 01 a 10, se sentem-se mais seguros ao saber que as Leis penais amparam e punem os mais diversos crimes previstos no Código Penal, os resultados estão demonstrados no Gráfico 07.

**Gráfico 07** – Ideia de segurança gerada na sociedade perante a existência de Leis Penais que geram punições aos delinquentes, frente aos mais diversos crimes.

220 respostas



Fonte: a autora (2017).

Reforçando as respostas obtidas no gráfico anterior (Gráfico 06), obteve-se uma resposta bastante díspar. O nível de pessoas - que neste caso estão representando a sociedade em um todo, tem a ideia de que estão mais seguras sabendo que existe um Estado intervindo na legislação penal, fazendo com que os crimes sejam amparados por uma legislação, e ainda mais, quando estas leis possuem penas mais severas.

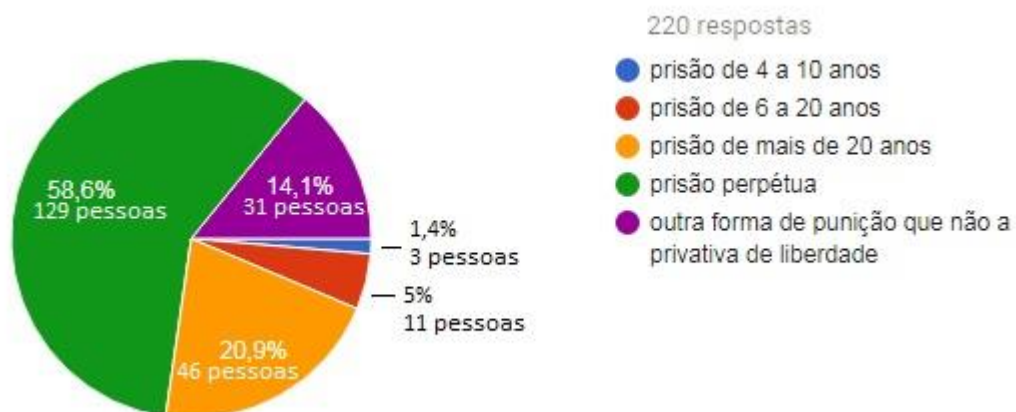
Houve uma prevalência de 21,8% dentre os pesquisados, ou seja 48 (quarenta e oito) pessoas, onde, em grau máximo, acham que a existência das leis penais geram sim uma espécie de segurança à população.

A tendência que apontou os resultados para um índice de segurança (de 5 para mais), foi de 167 (cento e sessenta e sete) pessoas, ou seja, de um total de 220 (duzentas e vinte) respostas, a maioria categórica acredita que há segurança jurídica através das leis penais.

Isso demonstra a credibilidade da população, depositada na intervenção estatal através da legislação penal, a qual torna-se um espetáculo à parte para a solução de toda uma problemática muito maior.

Questionou-se o público quanto às penas mais adequadas para os crimes hediondos já previstos na legislação penal brasileira. O Gráfico 08 demonstra as opiniões dos pesquisados expressas em suas respostas.

**Gráfico 08** – Consideração do grupo submetido à pesquisa de opinião pública quanto a pena mais adequada para uma eficaz punição à condutas praticadas na esfera dos crimes hediondos.



Fonte: a autora (2017).

Este gráfico representa a opinião pessoal de cada pesquisado, no que diz respeito às penas, que seriam mais adequadas para a retribuição nos crimes considerados hediondos. Os crimes considerados hediondos, são aqueles que além de afetarem bens jurídicos pessoais, são praticados com uma crueldade à dignidade humana, e aos valores da coletividade.

O significado da palavra “hediondo” dimensiona sua aceção para próximo de sua tipificação penal: sórdido, repugnante, imundo. Estes crimes geram grande repugna e indignação à sociedade, pondo em cheque seus valores mais importantes. Consideram-se crimes hediondos algumas formas de homicídio, por exemplo quando praticados por grupos de extermínio ou homicídio qualificado, latrocínio, extorsões através de sequestro e morte, estupro, epidemia resultante em morte, adulteração ou manipulação irregular de produtos medicinais e terapêuticos, incluindo corrupção para sua circulação e crime de genocídio.

Demonstrada a gravidade de tais crimes, parte-se para a análise do gráfico. 58,6% das pessoas submetidas ao questionário, ou seja 129 (cento e vinte e nove) pessoas, acreditam convictamente que a prisão perpétua é uma opção adequada para punir tais crimes. As opções por penas privativas de liberdade ocuparam um número menor, tendo um total de 20,9%, 46 (quarenta e seis) pessoas votantes na opção de prisão de mais de 20 (vinte) anos, 5% (onze pessoas) ficaram com a opção de uma pena mais baixa, privação de liberdade de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, e apenas 1,4% (quatro pessoas) com a opção de uma pequena pena de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão.

Fato merecedor de destaque dentre estes dados, foi o grande número de pessoas, 20,9%, 46 (quarenta e seis), que acreditam ser, como forma de punição mais adequada para tais crimes, uma pena mais severa, ou seja, outra forma de punição que não a privativa de liberdade, a qual enquadraria a pena de morte - instituto considerado totalmente inconstitucional, definido como cláusula pétrea pela própria Constituição do Brasil (exceto em caso de guerra).

A sociedade vê o direito penal como fundamental forma de penalização e garantia perante seus direitos, frente a uma máquina estatal falida. Nas atuais circunstâncias, as carências da população não são respondidas com competência, causando um sentimento de impunidade de tais leis no país. O sentimento de grande parte da população, como comprova-se pelos dados da pesquisa, é de que a

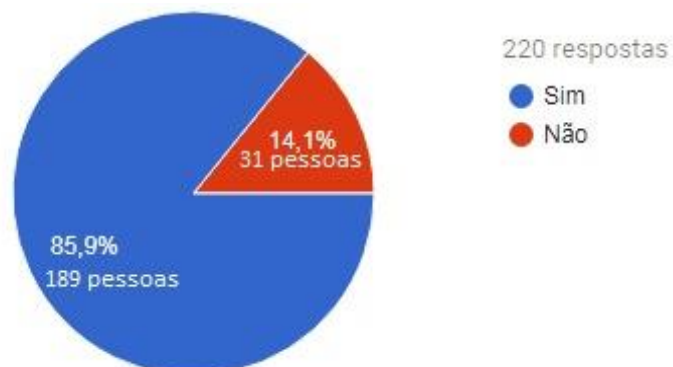
aplicação das penas é demasiadamente protetiva ao criminoso, fator preponderante para os altos índices de criminalidade.

Neste sentido, reflete-se grande insatisfação da sociedade brasileira, que está em constante crescimento, pelo fato de que tal sistema não tem eficácia, nem surte efeitos em questões de controle ou reversão da violência. Esta ótica, que inclui a pena de morte e penas mais severas, atinge a população por influência da mídia, que muitas vezes é sensacionalista, preocupada apenas com sua audiência e não com a realidade dos fatos.

A sociedade, em sua maioria leiga nos conhecimentos jurídicos, é levada pelo sentimento de impunidade através do discurso de revolta feito pela mídia, sem que, na realidade, tenha conhecimento sobre a gênese do crime, que surge da ausência de um estado promovedor de meios sociais adequados para que os indivíduos exerçam seus direitos livremente. A taxa de criminalidade está ligada a fatores que vão muito além da mera punibilidade, ou falta dela, porém, deve-se atentar para os fatos reais, ou seja, os principais causadores do cenário de violência nacional. (PESSO, 2017).

O Gráfico 09 trata de uma questão mais específica, que vem como reforço da resposta do gráfico anterior, questionando particular o crime de abigeato, que tem sido muito frequente na atualidade.

**Gráfico 09** – Tendo em vista o lançamento massificado na mídia de notícias sobre o crime de abigeato (furto de gado), que tem se multiplicado em municípios do interior de grande parte do país, haveria uma diminuição na incidência de tal crime, caso a pena prevista nesta Lei fosse mais severa.



**Fonte:** a autora (2017).

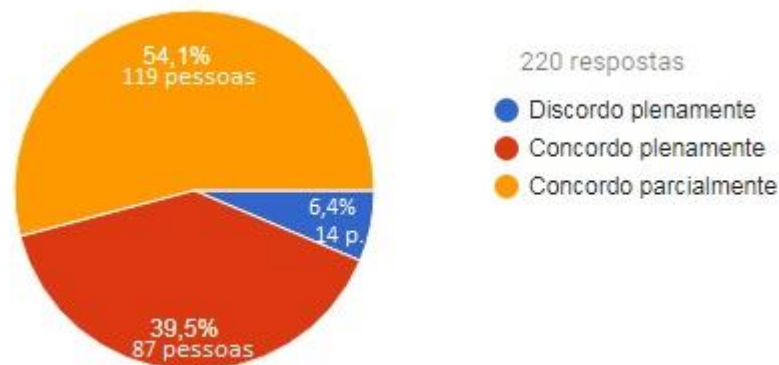
Conforme a pesquisa teórica feita neste trabalho, o questionamento acerca do crime de abigeato (furto de gado), inquiriu-se das pessoas que se submeteram a tal pesquisa, qual a opinião pessoal acerca de uma possível diminuição no cometimento de tal crime, caso houvesse um asseveramento na punição do criminoso.

Dentre as 220 (duzentas e vinte) respostas, 189 (cento e oitenta e nove) pessoas, ou seja 85,9%, quase unanimidade, responderam que sim, se houvesse uma punição mais severa para tal crime, seu cometimento seria inibido.

Reforça-se assim, a ideia de que a legislação penal é tida como meramente simbólica. Não se pode dizer que a pena é uma forma errônea de punição, vez que a maioria dos crimes no Brasil não são apurados, porém, é demasiadamente equivocado depositar toda esta responsabilidade no instituto do direito penal, e deixar de lado a intervenção estatal nos mais diversos ramos.

O último gráfico, representa a análise de uma assertiva relacionada ao conceito de que quanto mais elevada uma pena prevista para um delito, a chance de ele ser cometido é diminuída. As respostas são refletidas no Gráfico 10.

**Gráfico 10** – Julgamento de assertiva relacionada a ideia de que quanto mais elevada for a pena prisional prevista para um delito, menor a chance do mesmo ser cometido.



**Fonte:** a autora (2017).

Para concluir a pesquisa, indagou-se o público quanto à pena prisional. A assertiva tratava do seguinte caso hipotético: Quanto mais elevada a pena prisional prevista para um delito, menor a chance de ser cometido.

Houve uma tendência para o sim. 54,1%, ou seja 119 (cento e dezenove) pessoas concordaram parcialmente com tal assertiva. 39,5%, 87 (oitenta e sete) pessoas concordaram plenamente, e apenas, 6,4% (quatorze pessoas) discordaram plenamente de tal afirmativa.

Reflete-se neste gráfico que mesmo que parte dos questionados pudesse fazer alguma ressalva na assertiva, a maioria da população, representada pelas 220 (duzentas e vinte) pessoas que neste caso se submeteram à pesquisa, consideram penas elevadas como possíveis inibidores da criminalidade, reforçando a ideia de que o direito penal está sendo rechaçado como meramente símbolo para um escape de outros investimentos que o Estado deveria prestigiar.

A grande massa populacional do país não vê outro meio para inibir a criminalidade senão a punição através da lei penal, que até então deveria ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, somente depois de terem se esgotados todos os meios o direito penal seria meio a ser utilizado na resolução dos conflitos sociais. Tornou-se rotineiro acreditar que o Estado não tem meios alternativos à aplicação primada da legislação penal, pelo fato de que há muito tempo este ente falido não apresenta meios frente ao investimento, incentivo e oportunidades na saúde, educação, esporte, cultura, entre outros, pois desta forma sim, criar-se-iam eficazes meios para prevenção do crime. Tratar a causa é comprovadamente mais eficaz do que buscar meios para tratar o problema posteriormente.

Reafirmando o estudo teórico deste trabalho, a pesquisa vem com o intuito de retratar a opinião da população. Através da pesquisa de opinião pública, as 220 (duzentas e vinte) respostas obtidas, simbolizaram a posição de grande parte da população do país, a qual, na maioria das questões obtiveram respostas semelhantes, em uma porcentagem concentrada em cada item das questões.

Esta tendência obtida através do estudo, apenas retrata a realidade do país: a voracidade de uma população em busca de uma forma de amenizar a criminalidade através de um meio mais simples apresentado pelo Estado, a lei penal e suas tangentes punitivas.

A punição, de forma alguma deve ser tratada como inútil, vez que seria errôneo afirmar que ela não é eficaz, vez que em mais de 90% dos casos a pena simplesmente não é aplicada, fato demonstrado pela divisão de opiniões apresentada pelo Gráfico 05. Para Pessi (2017):

O silogismo é bastante simples: 1) a alta probabilidade de condenação é fato preponderante para inibir a prática de crimes; 2) no Brasil, menos de 8% dos homicídios são elucidados, logo, 3) a impunidade é o grande fator criminógeno a ser enfrentado em nosso país (PESSI, 2017, p. 67).

Porém, de outro ângulo, não é correta a afirmação de que a aplicação em primeiro plano de um instituto tão importante quanto o Direito Penal é forma eficaz para a problemática da criminalidade. O Estado deixa de dar atenção primária às suas atribuições originárias com investimentos primordiais para que o caos não se deixe disseminar de tal forma que o direito penal tenha de ser utilizado com tamanha frequência.

A solidez moral de uma população deve propriamente proteger seus direitos fundamentais, sem necessitar normas para isto. A proliferação de leis e estatutos que asseguram tais direitos indica um Estado de degeneração da sociedade, contra a qual, a lei surge, de maneira inócua como pilar de amparo (PESSI, 2017).

O discurso político-governamental envolto de uma histeria criada por setores da mídia, é apenas satisfação simbólica que mascara as verdadeiras mazelas do crime e camufla a incompetência estatal no combate à violência. A ilusão de presença do Estado como garantidor da lei e ordem é apenas uma falácia. Enquanto o sistema não for restaurado, passando a ser gerador de um crescimento econômico através da criação de empregos, fazendo investimentos em educação e melhoria nas condições básicas para uma vida sadia da população, a criminalidade não irá ser efetivamente solucionada.

Todas as medidas legislativas que forem utilizadas para garantir uma segurança pública, só terão efeitos quando acompanhadas por ações estatais que promovam o bem estar social. A longo prazo, as políticas sociais demonstrarão mais resultados do que a promulgação de leis infladas e ineficazes, que na maioria das vezes são operativas no papel, e sem meios convenientes para aplicação prática de suas penas – não há preparo policial, não há vagas nos presídios, sem mencionar a precariedade.

## 5 CONCLUSÃO

O desafio da presente pesquisa consubstanciou-se primordialmente na explanação teórica referente ao garantismo penal face à legislação penal de emergência. Diante de tal realidade, a pesquisa teórica ora apresentada demonstrou a realidade opinativa dos mais diversos doutrinadores penais, desde os que escreveram suas obras há muitos séculos, até obras escritas no presente ano. Demonstrou que teses criadas em décadas remotas, remontam à realidade ora vivida na atualidade do país no que se refere principalmente ao Direito de Punir e a Pena.

A primeira análise feita neste trabalho referiu-se à um levantamento histórico para estabelecer uma compreensão mais específica quanto ao aumento excessivo da legislação penal de emergência frente o garantismo penal, construindo desta forma, uma retrospectiva do instituto do Direito de Punir e da Pena desde os primórdios da sociedade que se tem registros. A idealização da ideia da punição remonta muitos séculos, onde o homem encontrou na punição do seu semelhante uma forma de solucionar seus conflitos.

O Direito de Punir surge da necessidade do Soberano em punir seus súditos quanto aos conflitos sociais, de diversas formas, mas sempre com o intuito que ainda é trazido para aplicação das penas na atualidade: punir o transgressor da norma para que se possa estabelecer uma convivência social mais harmônica.

Os movimentos de política criminal apresentados no trabalho, desdobram-se em três, quais sejam, o direito penal mínimo juntamente com o garantismo, o direito penal máximo e o dever e ordem e, por fim, o abolicionismo. Após a análise destas três espécies de movimentos, objetivando uma explanação em primeira concepção de demonstrar as diversas formas que já foram aplicadas nos mais diversos ordenamentos jurídicos de diferentes países, e trazer o mais próximo possível à aquilo que se tem utilizado no Brasil atualmente.

Sem dúvida, o direito penal mínimo está no ápice da discussão de diversos penalistas e dos mais ferrenhos defensores dos direitos humanos do país. De forma alguma o trabalho pretende questionar direitos assegurados constitucionalmente à todo cidadão, mas sim, mostrar as mazelas deixadas por um garantismo exacerbado e utilizado muitas vezes de uma forma errônea e equivocada.



Da mesma forma que este movimento tenha diversos defensores, tem também inúmeros críticos. Nada em excesso, principalmente no que diz respeito à justiça é adequado. O garantismo penal tem sido utilizado neste país como ideologia, forma de revolução cultural e desentranhamento para um discurso inflamado e extremamente protetivo. A inversão dos valores sociais e a consciência individualizada de cada ente da sociedade reflete na maioria das vezes uma problemática difícil de ser enfrentada, principalmente quando diz respeito à este tipo de ideologia dentro de um dos países que mais mata dentre todos do mundo.

Toda ideologia é confusa. Fato esta toma existência quando uma ideia é tida como verdade única e absoluta, onde a pessoa não consegue mais distinguir a situação real e suas ideias pessoais. A problemática reside neste sentido, em definir o que é verdade ou inverdade não requer nenhum juízo valorativo. Neste contexto, uma ideologia não consegue exprimir a realidade objetiva. O que se quer dizer com isto, é que há uma incompatibilidade entre o discurso defendido pelo agente e o discurso com embasamento científico.

A realidade do ideologista é impor sua própria verdade, àquela que lhe é conveniente, invertendo valores e moldando uma realidade de fatos, com o intuito de conquistar adeptos e seguidores que disseminem sua ideia, gerando nos indivíduos uma falsa consciência, estimulando a superação de uma falsa consciência.

Frisa-se, nenhum abuso de poder e utilização de qualquer força desnecessária é defendido neste trabalho, o que ocorre é que, fatos ensaiados alimentam discussões públicas e moldam estatísticas sobre condutas. No Brasil, a responsabilidade de um agente é camuflada pela ideia de que o homem é fruto de um emaranhado de leis naturais e sociais das quais não escolheu estar inserido, e a culpa disso tudo é de um Estado opressor. Tudo isto sob a égide dos direitos humanos, em que a desumanidade desmonta o conceito de individualidade do sujeito que optou voluntariamente, por exemplo, por praticar algum crime.

Isso ocorre, neste discurso, por alguns fatos: ou o agente é um descendente das circunstâncias da sociedade, merecendo desta forma uma reprovação menor, ou porque ele age pela falta de proventos, sendo digno de honrarias. De forma totalmente contrária, comprovou-se através do estudo de dados tanto teóricos quanto através da pesquisa de campo que o crime é uma escolha de consciência livre, e nada tem relação com frutos de uma sociedade desestabilizada e de um Estado fragilizado.

O direito penal mínimo visa justificar a violência da pena empregada pelo Estado estabelecendo limites ao arbítrio estatal e até mesmo privado, para salvaguardar os direitos e garantias fundamentais de todos os seres humanos. É certo que há dois lados neste sistema garantista, a proteção em tese assegurada pela garantia da aplicação dos direitos de cada pessoa é de suma importância, porém, de outro lado, por existir esta proteção desenfreada, acaba-se por afastar do Estado seu poder institucionalizado. Certo seria, na medida do que fosse possível, estabelecer uma soma, onde de um lado atuaria a independência em relação aos poderes estatais, e de outro, a sensibilização para os direitos civis e políticos, em especial à aqueles menos favorecidos.

Na Itália foi desenvolvido o garantismo, através de diversos autores, entre eles e principalmente, Luigi Ferrajoli, o criador da figura garantista. Porém, observa-se que a Itália teve sua história completamente diversa da que passou o Brasil. O que lá funcionou de uma forma, aqui não funcionaria da mesma. Este fato resultou em um copia e cola do ordenamento jurídico penal, que veio por gerar uma catástrofe. Transformou-se um direito elaborado mediante um curso de devido processo legislativo em uma imagem e semelhança socialista, tornando-o, sob a visão de seus criadores, melhor e mais justo.

Garantismo e defesa de garantias não é a mesma coisa, portanto não se pode confundir tais termos. O garantismo é fruto da mistura de ideólogos, acadêmicos, cientistas, mídia e técnicos que são autoridades espirituais da religião estatal, e bandidos, movimentos sociais que se utilizam do positivismo para desvirtuar a proporcionalidade entre crime e castigo, dizendo buscar a legitimação de que a lei penal está em crise, com o fundamento de que as penas e o direito penal não tem legitimidade - salvo se isto se transformar em uma espécie de pedagogia para adultos que apenas transgrediram ocupacionalmente.

A impunidade é o maior e pior fruto deste garantismo exacerbado que causa inúmeros efeitos colaterais indesejados. Nota-se o comentário de alguns autores sobre estes fatos, alegando que no Brasil, o sistema penal mais eficaz é o aplicado nas favelas - onde os chefes do tráfico são detentores e aplicadores das próprias leis, onde quaisquer transgressões tem suas sanções de aplicabilidade certa.

Outro norte defendido por este exacerbado sistema garantista é da falência da pena de prisão. As condições sub-humanas dos presídios brasileiros é inegável,

porém, é de extremo equívoco afirmar que no Brasil prende-se demais, e que não é a impunidade que gera criminalidade. 90% dos crimes não são elucidados e por sua vez não tem sua autoria comprovada, e apenas 5% dos delinquentes são punidos. Fato estranho para esta demagogia. Se fossem realmente aplicadas sanções, as cadeias teriam sua população carcerária aumentada no mínimo vinte vezes.

Dentro deste cenário surge como resposta à criminalidade a necessidade por respostas do Estado para com sua população, que tem respondido de forma extremamente manipulada: a criação de novas leis sem fulcro científico, ou o aumento de penas que esgotam-se em si mesmas.

Exemplos claros destas mirabolantes criações estatais de legislação penal de emergência foram retratadas no trabalho comprovando que o Estado deixa suas atribuições básicas e principais de lado, para manter, da forma menos custosa e mais rápida possível sua população feliz, dando à ela àquilo que quer ouvir, ou seja, alterando a legislação e deixando o investimento básico nas necessidades da população em último plano.

A pesquisa feita pela autora, com o intuito de comprovar os dados teóricos do presente trabalho puderam concluir que a população acredita na ideia implantada pelo Estado de que a simples criação ou o aumento da pena de um crime já previsto são inibidoras da criminalidade. Aliás, dizer que a criminalidade aumenta a cada dia não causa nenhuma estranheza, portanto, não é necessária nenhuma outra prova para se dizer que esta forma de “investimento” estatal é falha.

Resultados compilados através da pesquisa pública ora realizada, trouxeram dados que dizem respeito à opinião de grande parte da população. O índice de pessoas que se sentem inseguras ao andar nas ruas e frequentar lugares públicos obteve um alto percentual no que diz respeito ao sentimento de insegurança realmente estar presente na vida da maior parte da população.

Tem-se na mente das pessoas, que nesta pesquisa representaram a população do país, que a aplicação da lei penal não é eficaz, porém, estas mesmas pessoas, acreditam que o simples fato de a lei existir, prevendo sanções para o criminoso, podem ser inibidores efetivos da criminalidade.

Os Gráficos da presente pesquisa, revelaram que mesmo que o sentimento de que a lei penal não será efetivamente aplicada, ter a lei simplesmente expressa em

um livro pode vir a ser uma forma de coibir o crime. Este fato torna-se redundante porque tem-se claro que esta previsão legal pura e simplesmente, não tem uma aplicação (punição real) no plano real.

Quanto aos questionários que indagavam sobre as penas mais adequadas para alguns crimes, comprovou-se que a população realmente deseja punições severas pelo fato de estar saturada com a imensa criminalidade do país. Foi questionado o grupo quanto à pena mais adequada para os crimes tidos como hediondos, as respostas foram concentradas para a prisão perpétua e em segundo plano, outras formas de punição que não as privativas de liberdade.

Os dados compilados demonstram a intensa insatisfação da população frente aos meios que o Estado vem tratando o fenômeno criminal do país. A inefetividade na aplicação da norma penal gera um sentimento de revolta tamanho, revelando que a população deseja penas que até não são previstas e permitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Quando a problemática sai do plano teórico e parte para a aplicação prática dos instrumentos previstos, vê-se que seu processo de aplicação não se mostra eficiente. Por fim, há que se deixar registrado que a pesquisa abriu muitas possibilidades, que precisam ser melhor tratadas.

Há muito a ser pesquisado e repensado sobre a aplicação da legislação penal no Brasil e sobre meios eficazes na prevenção da criminalidade. O estudo teve a pretensão de lançar um olhar mais atento à realidade, questionando o papel transformador que pode ser depositado na legislação, bem como àqueles que venham a aplicá-la, que são o meio para a realização concreta das previsões legislativas e constitucionais, tão caro à toda população e a construção de uma sociedade que se almeja mais justa e igualitária.

A principal conclusão referente ao trabalho, deu-se através da pesquisa pública de campo, realizada entre os dias 27 e 29 de agosto deste ano de 2017, disponibilizada em rede social, e respondida anonimamente por um grupo de 220 (duzentas e vinte) pessoas, pela qual, pôde-se estabelecer um retrato da opinião e do sentimento trazido pelas pessoas que vivem em um país onde a violência é tida como figura corriqueira. De fato, comprovou-se que o medo e o temor social trazido por tal grupo que se submeteu ao questionário, reflete de forma segura a realidade vivida

pela maior parte da população brasileira, independentemente da condição socioeconômica.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Francisco Keyson Salviano. **O crime de abigeato e o direito penal simbólico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58861/o-crime-de-abigeato-e-o-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 27 jul. 2017.
- ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=214](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=214)>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira De. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ARAGÃO, Ivo Rezende. **Movimento da lei e ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7938#\\_ftn4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938#_ftn4)>. Acesso em: 04 jun. 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- BIANCHINI, Alice. **Aspectos criminais da lei de violência contra a mulher**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8916/aspectos-criminais-da-lei-de-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- BIANCHINI, Alice. **Política criminal, direito de punir do estado e finalidades do direito penal**. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814432/politica-criminal-direito-de-punir-do-estado-e-finalidades-do-direito-penal>>. Acesso em: 03 jun. 2017.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- BRASIL. **Constituição federal**. Brasília: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2743.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2743.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2017.
- BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos crimes hediondos**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994. Lei dos crimes hediondos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8930.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 106153**, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2011. **Lex**: jurisprudência do STF Supremo Tribunal Federal, São Paulo, 22 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

CARVALHO, Salo De. **Pena e garantias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2003.

CERVINI, Raul. **Incidencia de la mass media en la expansión del control penal en latinoamérica**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

COSTA, Givaldo. **Direito penal mínimo: sua conformidade com o garantismo penal**. Disponível em: <<https://givaldocosta.jusbrasil.com.br/artigos/159254361/direito-penal-minimo-sua-conformidade-com-o-garantismo-penal>>. Acesso em: 21 mai.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de direito penal parte especial**. Salvador: Editora Jus Podvim, 2016.

DIAS, Jorge De Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge De Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DUCLEREC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

FALAVIGNO, Chiavelli. **A (re)construção do direito pelos novos valores sociais**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-reconstrucao-do-direito-pelos-novos-valores-sociais/>>. Acesso em: 19 mai. 2017.

FERANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aureliano Coelho. **Breve análise dos movimentos de política criminal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/breve-an%C3%A1lise-dos-movimentos-de-pol%C3%ADtica-criminal>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Ano de eleição**: mais uma lei dos crimes hediondos? Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11617-11617-1-PB.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia, segurança pública e justiça criminal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10768/midia-seguranca-publica-e-justica-criminal>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por abolicionismo penal?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2032228/o-que-se-entende-por-abolicionismo-penal-joice-de-souza-bezerra>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**: parte especial. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HOBBS, Thomas. **O leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Sistema penal brasileiro**: execução das penas no Brasil. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistema-penal-brasileiro-execu%C3%A7%C3%A3o-das-penas-no-brasil>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

JOUVENEL, Bertrand De. **O poder, história natural de seu crescimento**. 1 ed. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. **Direito penal simbólico**: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. Disponível em:



<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12216](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do direito penal**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

MOCCIA, Sergio. **Emergência e defesa dos direitos fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NETO, Júlio Gomes Duarte. **O direito penal simbólico, o direito penal mínimo e a concretização do garantismo penal**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista%20\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6154](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista%20_artigos_leitura&artigo_id=6154)>. Acesso em: 18 ago. 2017.

NEVES, Mayara Aragão. **Princípio da intervenção mínima no direito penal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-intervencao-minima-no-direito-penal,24273.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

PEDRINHA, Roberta; GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **A lei dos crimes hediondos ontem e hoje: um estudo jurisprudencial**. Disponível em: <[http://esdp.net.br/a-lei-dos-crimes-hediondos-ontem-e-hoje-um-estudo-jurisprudencial/#\\_edn3](http://esdp.net.br/a-lei-dos-crimes-hediondos-ontem-e-hoje-um-estudo-jurisprudencial/#_edn3)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

PELLEGRINI, Luis. **Janelas quebradas: uma teoria do crime que merece reflexão**. Disponível em: <[http://www.brasil247.com/pt/247/revista\\_oasis/116409/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%c3%a3o.htm](http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%c3%a3o.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardini De. **Bandidolatria e democídio**. 1 ed. São Paulo: Editora Armada, 2017.

PRAZERES, José Ribamar Sanches. **O direito penal simbólico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

PRUDENTE, Neemias. **A pretensa hediondez: aspecto simbólico e emergencial da legislação penal**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942843/a-pretensa-hediondez-aspecto-simbolico-e-emergencial-da-legislacao-penal>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ROCHA, Carla. **Daniella Perez: 20 anos do assassinato que mudou a lei**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou-lei-7125130>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

ROESLER, Átila da Rold. **A falácia do combate ao crime organizado**. Disponível

em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11657-11657-1-PB.htm> >. Acesso em: 01 jul. 2017.

RORIZ, Regina Célia Lopes Lustosa. **Mulher, Direito Penal e Justiça Restaurativa**: da proteção simbólica revitimizante à possibilidade da restauração. Repositório Institucional da UFPE. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3916>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 25 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Instituto de criminologia e política criminal política criminal**: realidades e ilusões do discurso penal. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf)>. Acesso em: 06 jul. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino Dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação jurisdicional. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2005.

SENADO FEDERAL. **Tolerância zero e janelas quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td194>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas a prisão**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

SICCA, Leonardo. **Medidas de emergência, violência e crime organizado**. 11 ed. São Paulo: Boletim IBCCRIM, 2003.

SIDI, Pedro. **Função simbólica do direito penal**. Disponível em: <<https://pedrosidi.jusbrasil.com.br/artigos/121942588/funcao-simbolica-do-direito-penal>>. Acesso em: 01 set. 2017.

SOARES, Rafael Junior. **Inconvencionalidade da lei nº 9.455/1997**: a tortura como crime próprio. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir\\_artigos.php?id=348](http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir_artigos.php?id=348)>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SOUZA, Hugo. **Do garantismo ao movimento lei e ordem**. Disponível em: <<http://anovademocracia.com.br/no-39/191-do-garantismo-ao-movimento-lei-e-ordem>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

TANGERINO, Davi. **Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal**: esvaziamento semântico da ultima ratio e o direito penal disfuncional. 1 ed. Rio de

Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

TAQUES, Silvana. **A questão social e o estado penal: uma abordagem multidimensional em fenômenos e realidades preocupantes**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2383](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2383)>. Acesso em: 11 jun. 2017.

VEIGA, Marcio Gai. **Lei de crimes hediondos uma abordagem crítica**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3637/lei-de-crimes-hediondos/1?secure=true>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

WACQUANT, Löic. **O lugar da prisão na nova administração da pobreza**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0101-33002008000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0101-33002008000100002)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, F. A. et al. **Manual de direito penal brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.