

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE – FANESE
CURSO DE DIREITO**

FÁBIO SANTOS FARIAS

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NO BRASIL

Aracaju – SE

2018

FÁBIO SANTOS FARIAS

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NO BRASIL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

Aracaju – SE

2018

F224d FARIAS, Fábio Santos.

O Direito Penal Simbólico No Brasil / Fábio Santos Farias; Aracaju, 2018. 61 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

1. Clamor Social 2. Direito Penal 3. Simbólico 4. Rigidez I. Título.

CDU 343.2(813.7)

FÁBIO SANTOS FARIAS

O DIREITO PENAL SIMBÓLICO NO BRASIL

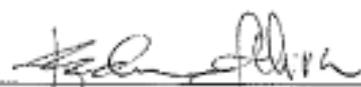
Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: 03/12/2018



Orientador: Prof. Me. Edson Oliveira da Silva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE



1º Avaliador: Profº Me. Luiz Eduardo Alves de Oliva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE



2º Avaliador: Profº. Narbal Alves Guimarães Bisneto

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

“Eu faço da dificuldade a minha
motivação. A volta por cima, vem na
continuação.”

Charlie Brown Jr.

Dedico esse trabalho, como forma de gratidão e reconhecimento, ao meu avô Carlos Sabino, doutor sem ter ido a escola, homem que me ensinou os valores da vida. Igualmente remeto essa dedicatória ao meu pai Antônio Inácio Sobral, homem ímpar, meu referencial, que me moldou em consonância com a moral e os bons costumes. Por último, não menos importante, mas por ser a maior das dedicatórias, insisto em externar minha eterna gratidão à minha mãe Elizabete, dedico à senhora, por todo amor dispensado a mim, por todas as abdições feitas em prol dos meus estudos.

AGRADECIMENTOS

À Deus pela infinita misericórdia.

Aos meus professores que na precípua missão de levar o saber, incentivaram-me a finalizar esse curso e aos nobres colegas que tive a honra de conhecer na academia.

Gratulo especialmente à minha mãe Elizabete Cavalcante Santos Sobral, minha maior fonte de inspiração, o meu maior e melhor amor, à minha irmã Simone e seu esposo Jossi, que, juntos, torcem demasiadamente por mim, grandes motivadores, ao meu sobrinho Daniel, agradeço por sua chegada e renovação em minha vida, por proporcionar em mim a constância do amor.

À minha esposa Lílian que enfrenta há 6 anos junto comigo todos os obstáculos e goza de todas as alegrias ao meu lado.

Ademais, reitero meus agradecimentos às demais pessoas que de alguma forma contribuíram para a realização deste sonho.

RESUMO

Esta pesquisa possui como temática, o Direito Penal simbólico no Brasil, que se refere a um fenômeno que aparece do desejo de urgência da sociedade, diante da violência que a atinge, em relação ao Estado, e o mesmo, acaba utilizando o Direito Penal de modo incorreto, criando leis ineficazes. Ou seja, corresponde ao uso do direito penal como ferramenta do abuso da democracia, através da qual, são sancionadas normas mais rígidas, geralmente depois de acontecimentos que acarretam clamor social, não apenas por conta da severidade intrínseca a estes acontecimentos, mas devido a exploração midiática deles. A presente investigação promove a seguinte problemática: o modelo de direito penal simbólico adotado no Brasil, assegura a proteção aos cidadãos e seus direitos fundamentais, ou seja, pode ser considerado como resposta para as dificuldades sociais vivenciadas hoje em dia? O objetivo principal deste estudo é realizar uma investigação quanto ao Direito Penal Simbólico no Brasil, destacando as principais consequências deste a sociedade. A justificativa para a escolha deste tema, deve-se ao fato de que a sociedade demanda do Poder Público respostas quanto aos altos índices de criminalidade que se vê atualmente nos diversos meios de comunicação, e para solucioná-las cria normas, sem realizar qualquer tipo de averiguação quanto a sua verdadeira viabilidade, leis estas que não possuem qualquer eficácia, e detendo efeitos temporários. O procedimento metodológico utilizado neste estudo, quanto ao tipo de pesquisa é de natureza exploratória e descritiva, tendo a pesquisa bibliográfica como o principal procedimento metodológico. Conclui-se que, o Direito Penal Simbólico, ao invés de trazer segurança à sociedade, oferece mesmo um descrédito, no momento em que o Poder Público, busca amparar diversos bens jurídicos, aumentando a severidade da pena ou criando novas, esquecendo-se que essa ação do legislativo pode ser inclusive, um dos motivos da ampliação da criminalização no Brasil.

Palavras-Chave: Clamor Social. Direito Penal Simbólico. Rigidez.

ABSTRACT

This research has as its theme, the symbolic Penal Law in Brazil, which refers to a phenomenon that appears from the desire for society's urgency, given the violence that affects it, in relation to the State, and the same, ends up using the Criminal Law of by creating ineffective laws. In other words, it corresponds to the use of criminal law as a tool of abuse of democracy, by which more rigid norms are sanctioned, usually after events that lead to social outcry, not only because of the intrinsic severity of these events, but because of exploitation their media coverage. The present investigation promotes the following problem: does the symbolic criminal law model adopted in Brazil guarantee the protection of citizens and their fundamental rights, ie, can it be considered as a response to the social difficulties experienced today? The main objective of this study is to carry out an investigation regarding the Symbolic Penal Law in Brazil, highlighting the main consequences of this the society. The justification for choosing this theme is due to the fact that society demands from the public authorities answers regarding the high crime rates that are currently seen in the various media, and to solve them, it creates norms without performing any type ascertain its true viability, laws that have no efficacy, and have temporary effects. The methodological procedure used in this study regarding the type of research is exploratory and descriptive in nature, with bibliographic research being the main methodological procedure. In conclusion, the Symbolic Penal Law, instead of bringing security to society, even offers a discredit, at a time when the Public Power seeks to protect various legal assets, increasing the severity of the penalty or creating new ones, forgetting that this legislative action may even be one of the reasons for the expansion of criminalization in Brazil.

Keywords: Social Cry. Symbolic Criminal Law. Rigidity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.....	14
3 ABOLICIONISMO, O DIREITO PENAL MÍNIMO E O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM.....	26
4 DIREITO PENAL SIMBÓLICO	38
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Enquanto ramo do ordenamento jurídico, o Direito Penal destina-se à proteção dos bens jurídicos considerados fundamentais à pessoa e à sociedade, por meio de sua origem sancionária e constitutiva anteriormente estabelecida pelo Poder Público. Com isso, o objetivo do Direito Penal é o emprego de penalidades em fatos humanos considerados como desvios de conduta pela coletividade, sendo necessário fazer uma intervenção de forma concreta, no momento em que existir inaceitável dano ou perigo de dano, a bens jurídicos protegidos. Contudo, necessita-se ter como condição desta penalização, a proteção aos cidadãos, contra a interferência do poder do Estado na liberdade pessoal de cada indivíduo.

Ocorre que a probabilidade da autoridade penal consagrar um significado negativo diante do verdadeiro objetivo e aplicação do Direito Penal faz aparecer na sociedade um sentimento de insegurança que compreende que esse ramo possui um sentido de ordem e punição. Por este fato, desejam um tratamento mais severo aos assuntos direcionados a violência e a criminalidade. O efeito disso seria a elaboração de normas com discursos vazios, sem garantias e sem requisitos, em relação a sua verdadeira efetividade, transformando o Direito Penal em Simbólico.

É notório esse desenvolvimento do Direito Penal, já que tal mecanismo apresenta um conteúdo cada vez mais alarmante para a sociedade, e acontece através da elaboração de novas espécies penais, da ampliação das penas, da relativização ou redução de direitos e garantias essenciais, em meio a outras atividades de efetivação do Direito Penal. Deste modo, corresponde a uma forma de transmitir para a coletividade um desleal sentimento de segurança, por tal razão começa a ser empregado de forma majoritária o Direito Penal em sua forma simbólica.

Isso porque a sociedade, através da clara colaboração dos meios de comunicação, acaba conferindo a esse ramo do direito o encargo de solucionar todos os problemas sociais, em especial a questão referente a criminalidade e a segurança. Com isso, acaba vendo no direito penal uma alternativa para todos os problemas do país. Contudo, essa expansão do Direito Penal, quando feita de forma indiscriminada, pode não resolver nada e ainda contribuir para o aumento da violência. Diante deste contexto, surge a seguinte problemática: O modelo de direito

penal simbólico adotado no Brasil, assegura a proteção aos cidadãos e a seus direitos fundamentais?

A temática abordada neste estudo impõe algumas questões norteadoras, são elas: Qual o contexto histórico no Brasil e no mundo do Direito Penal Simbólico? Qual a atual situação do Direito Penal Simbólico no Brasil sob os aspectos legais e jurisprudenciais? No Brasil o modelo de direito penal simbólico adotado garante a proteção dos cidadãos e aos seus direitos fundamentais? A elaboração de novos tipos penais e a ampliação das penas pode ser considerada como solução para os problemas sociais do país?

A principal hipótese consagrada neste estudo é a de que no Brasil o modelo analisado não garante o amparo dos cidadãos e de seus direitos essenciais perante a atuação punitiva do Estado, bem como não procura prevenir a prática dos delitos, e sim a opressão e a dominação desempenhada especialmente as classes menos favorecidas da população.

Além disso, o que se verifica é que a dificuldade não se encontra na ausência de normas regulamentadoras, tendo em vista que no Brasil existem diversas legislações que disciplinam a convivência social, e sim na falta de atuações concretas em desfavor dos principais motivos para a criminalidade e a violência, pois não se deve somente buscar de forma não planejada e urgente conter as suas consequências. Entretanto, os administradores preferem recorrer ao do direito penal simbólico, como uma alternativa muito mais fácil, mesmo que seja ineficaz.

Diante deste contexto, o objetivo geral estudo é o de promover uma análise acerca das interferências do Direito Penal Simbólico no ordenamento jurídico brasileiro. E como objetivos específicos, procurou-se investigar o contexto histórico no Brasil e no mundo do Direito Penal Simbólico, e ainda averiguar se a elaboração de novos tipos penais e a ampliação das penas pode ser considerada como soluções para os problemas sociais do país e, por fim, avaliar a atual situação do Direito Penal Simbólico no Brasil sob os aspectos legais e jurisprudenciais.

A justificativa para a escolha desse tema deve-se ao fato de que o surgimento de novas formas de criminalidade, que são verificadas na atual realidade brasileira, faz com que surja o sentimento de medo e insegurança na população, especialmente perante as organizações criminosas. Diante desse fato, acaba-se elegendo o Direito Penal como uma ferramenta excepcional, para solucionar de forma eficaz qualquer problema relacionado à segurança. Tal concepção, deriva do

entendimento de que há nesse ramo, uma competência de socialização e firmeza, eficientes na prevenção das novas espécies de crimes, se comparado às demais medidas econômicas ou sociais, e também de medidas derivadas da interferência de outros campos do direito.

Dessa forma, procurando oferecer “soluções” mais “eficientes” à essas novas formas de criminalidade, acaba adotando o Direito Penal um caráter simbólico, por meio da elaboração de uma legislação que leva ao pensamento de que será finalizada ou reduzida a violência, não sendo essa a verdade, já permite apenas consequências políticas e sociais imediatas

Isso porque o principal motivo para que o Direito Penal Simbólico seja utilizado é político, já que ao criá-lo, assume o legislador uma boa imagem perante a coletividade, tendo em vista que acaba atendendo as exigências imediatas da sociedade por segurança, com decisões políticas irracionais, conseguindo, desse modo, somente a admiração da sociedade. Além disso, o uso do Direito Penal Simbólico, representa uma alternativa mais simples, no momento em que se faz uma análise das possíveis soluções para as dificuldades sociais, por serem muito mais dispendiosas as outras medidas e projetos sociais.

Para um melhor entendimento da questão tratada, o procedimento metodológico utilizado para essa pesquisa é caracterizado como exploratório descritivo. Quanto à natureza da pesquisa é considerada como qualitativa, isso porque, realizado um levantamento bibliográfico de informações acerca da temática estudada e as referidas informação serão submetidas a análise de conteúdo.

Com a finalidade de alcançar os objetivos aqui propostos, dividiu-se este estudo em três capítulos, onde o primeiro trata do direito de punir do Estado, apresentando inicialmente, uma definição do *Ius Puniendi*, em seguida dispôs-se sobre a titularidade deste direito de punir, descreveu-se ainda sobre o direito de punir frente ao Estado Democrático de Direito, e por fim, o fracasso do Estado como titular do direito de punir.

No segundo capítulo dispôs-se sobre o Abolicionismo, o Direito Penal Mínimo, ressaltando dois imprescindíveis princípios a esta teoria, que são o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da intervenção mínima, e ainda o Movimento de Lei e Ordem.

No terceiro e último capítulo, buscou-se versar, especificamente, sobre a temática deste estudo, que seria o Direito Penal Simbólico, fazendo uma apreciação

inicial do simbolismo no Direito Penal no Brasil, em seguida, sobre o Direito Penal Simbólico no direito comparado, a mídia e sua influência no Direito Penal, o Direito Penal do Inimigo e, por fim, a Lei Penal Simbólica, trazendo alguns exemplos de casos no Brasil.

Diante desta questão, é imprescindível uma avaliação da evolução do Direito Penal Simbólico no Brasil, para que se verifique a eficácia dessa “inflação penal” no país, no intuito de que não seja descaracterizado o direito penal, buscando demonstrar as principais questões que impulsionam este acontecimento e as razões de sua possível ineficácia.

2 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

O ser humano leva dentro de si um desejo de conservar a ordem social e de conter de forma violenta aquilo ou aquele que impede esta ordem. Fundamentado nesta asseveração, leva-se a crer que antes de nascer o direito de punir, nasceu a vontade de punir. Diante desse cenário, foi indispensável para a convivência em sociedade, determinar regras em relação a tal desejo/direito de punir.

Sendo assim, era indispensável encontrar formas satisfatoriamente intensas para impedir o desejo de despotismo, que simplesmente surgia no âmbito da sociedade, já que as formas consagradas eram as inúmeras penas determinadas contra aqueles que violassem as normas contrárias à sociedade. Neste contexto o Direito Penal “visa garantir condições necessárias à coexistência entre os elementos do grupo social do Estado, buscando tanto para sua aplicação como para sua regulação normativa, a aplicação dos princípios que o fundamentam [...]” (TAVARES, 2017, p. 20).

Pode ser visualizado o ordenamento jurídico-positivo como sendo um conjunto de regras admitidas ou elaboradas por uma sociedade politicamente estruturada que assegure sua efetividade perante a eficácia pública (BITENCOURT, 2013). Com isso, entende-se que o que fez com que os homens se reunissem não seria apenas o bem comum, mas sim a conseqüente ampliação da satisfação das necessidades que acabaram se colidindo.

Essa eficácia pública é compreendida com o poder soberano que o poder público detém perante o particular, esta afirmação torna-se mais clara através da conceituação apresentada por Tavares (2017, p. 18) quanto ao direito penal, a saber: “[...] é o conjunto de normas elencadas pelo Estado Democrático de Direito, onde o mesmo reproduz um conjunto de afirmações jurídicas para combater a conduta ilícita, por meio da pena e ou medida de segurança e restrição de liberdade, com o objetivo de evitar o crime”.

Sendo assim, é preciso admitir o direito penal como sendo um direito positivo, tendo em vista que a sua obrigatoriedade legal não depende do consentimento de seus destinatários, mas sim, da soberania do Estado que a determina, sendo que a sua execução encontra-se garantido pela coercibilidade da norma imperativa. Perante o que fora apresentado Reale Júnior (2013, p. 99) ressalta que:

O Estado soberano caracteriza-se pela imposição de suas decisões em prol do interesse geral, e esse poder de decidir afirma-se e consolida-se no dizer e aplicar o direito, mesmo porque o Estado (moderno) existe na medida em que dita o Direito e se põe como pessoa jurídica. O Estado, por conseguinte, assegura a positividade do seu Direito e da validade aos ordenamentos internos, decidindo soberanamente sobre a ordem jurídica vigorante.

No momento em que o Poder Público atrela seu ordenamento jurídico ao poder a este intrínseco, surge o que se denomina de poder institucionalizado, isto é, seria um Estado que se revela por meio da legalidade. Seu embasamento começou a existir com o surgimento do Estado constitucional, sendo plausível debater a efetividade do princípio da legalidade.

Em razão disto, é importante recordar que nos Estados onde é vigente o princípio da legalidade como base essencial do direito, todas as ações derivadas deste necessitarão encontrar-se em consonância com a norma. A respeito deste assunto, Bitencourt (2013, p. 6) descreve que:

O poder de criar ou de reconhecer eficácia a tais normas é um atributo da soberania, e sua positividade depende de um ato valorativo da vontade soberana, que garanta seu cumprimento coercitivamente. O direito positivo recebe esse nome exatamente pelo fato de que é “posto” pelo poder político.

Esse dever surge da obrigação que toda coletividade detém de disciplinar às regras de convivência social. O Estado, quando oferece um ordenamento jurídico, consegue maior equilíbrio, e começa a possuir um sistema normativo que envolve padrões de comportamento, punindo acontecimentos que, de forma inaceitável, ponham em risco a sociedade (GOMES, 2016).

Este sistema normativo denomina-se de direito penal objetivo, que se estrutura através de um conjunto de princípios legais que disciplinam a prática da soberania do Estado, determinando espécies penais e atribuindo as suas relativas penalidades (BITENCOURT, 2013). Entretanto, não deve ser consagrado o direito penal objetivo como específica base da justiça penal, já que depende igualmente do poder fático derivado da soberania do Estado, fator marcante do direito penal subjetivo.

Desta forma, é importante dispor que a demonstração da prática da justiça penal decore excessivamente do poder soberano que possui o Poder Público. Nesta

direção, assinala Bicudo (2015, p. 99) que, o que se revela na prática da justiça penal, seriam modos de empregar o Direito Penal ao indivíduo de modo a disciplinar seu comportamento e, se preciso, o Estado usufrui do seu direito de punir diante da pessoa, neste contexto, o direito penal seria um conjunto de regras que disciplinam a atuação do Poder Público.

Sendo assim, é possível assegurar, que juntamente com o direito penal objetivo, denominado de *ius penale*, há um direito penal subjetivo, chamado de *ius puniendi*, que corresponde a esta eficácia que o poder público possui em agir perante os criminosos diante do interesse e da paz social.

2.1 Definição do *Ius Puniendi*

Antes de definir o *Ius Puniendi*, faz-se necessário recorrer a Beccaria (2013) que ao descrever sobre a teoria da criação do Estado dispôs que a supremacia da nação é composta pelo conjunto de parcelas da autonomia de cada indivíduo, que abriu mão desta parte em troca de proteção e segurança do restante desta autonomia. Deste modo, é responsável o soberano do povo pelo cuidado com que ele designou de “depósito de liberdade”.

Ainda conforme o filósofo é indispensável amparar este “depósito de liberdade”, que é sujeito às vontades dos homens, que faria com que um indivíduo buscasse tirar não somente parte de sua autonomia desde depósito, como também de terceiros (BECCARIA, 2013). Para que tal fato não ocorra, e para impedir esse desejo discricionário do cidadão, apareceram as sanções, que devem ser empregadas àqueles que violam as leis, ou seja, o direito de punir. Por conta disso, surge o direito penal recusando a vingança.

Baseia-se o direito de punir na necessidade do ser humano de ceder parcela de sua autonomia em benefício de um bem comum. Contudo, não pode existir abuso na prática de tal direito, sob pena de se caracterizar como um poder ilegítimo (BECCARIA, 2015), como vem acontecendo com o Direito Penal Simbólico.

Importante conceituação, apresentada ao direito de punir, foi oferecida pelo também filósofo, Hobbes (2003, p. 263) fundamentada na doutrina do contrato social, conforme se verifica a seguir:

Ao fundar uma república, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de se defender a si mesmo. Além disso, cada um obriga-se a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não da sua própria. No entanto, pactuar assistir ao soberano a causar dano a outrem, salvo se aquele que assim pactua tiver ele próprio esse mesmo direito, não é dar-lhe o direito de punir.

Finaliza o autor dispondo que “Fica assim manifesto que o direito de punir que pertence à república (isto é, àquele ou àqueles que a representam) não tem o seu fundamento em nenhuma concessão ou dádiva dos súditos” (HOBBS, 2003, p. 263). Sendo assim, compreende-se que um dos embasamentos da punição seria a segurança da coletividade, tendo em vista que o poder público não é um tutor moral dos indivíduos.

O *ius puniendi* corresponde ao respectivo direito do Estado em penalizar. E tal direito classifica-se em *ius puniendi in abstracto* e o *ius puniendi in concreto*. Segundo descreve Tourinho Filho (2017, p. 128), àquele refere-se ao respectivo direito de punir que não foi empregado, já que não ocorreu violação da regra penal, enquanto que o outro, é quanto acontece a violação da regra penal, onde o poder público necessita empregar a sanção ao agente da ação criminosa.

A respeito do aparecimento do *ius puniendi*, esclarece Jesus (2015, p. 48) que, no momento que o indivíduo realiza um crime, determina-se “uma relação jurídica entre ele e o Estado. Surge o *jus puniendi*, que é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime”.

Para complementar o que dispõe o autor acima, em relação ao instituto do *ius puniendi*, é importante trazer o entendimento de Greco (2016, p. 12), que assim dispõe:

O chamado *jus puniendi*, no entanto, não se limita à execução da condenação do agente que praticou, por exemplo, o delito. A própria criação da infração penal, atribuída ao legislador, também se amolda a esse conceito. Assim, tanto exerce o *jus puniendi* o Poder Legislativo, quando cria as figuras típicas, como o Poder Judiciário, quando, depois do devido processo legal, condenado o agente que violou a norma penal, executa a decisão.

É imprescindível a presença do *ius puniendi* para a existência do Estado, contudo, este não é absoluto, tendo em vista que, lhe coloca o ordenamento jurídico certas restrições, como por exemplo, as garantias constitucionais consagradas pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. II, XXXIX, LIV, LVII, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Com isso, constata-se que em conformidade com os direcionamentos da Constituição, o emprego da repreensão apenas será admissível depois do devido processo legal, nas situações onde a pessoa for entendida como culpada perante uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A ação do Estado no controle social corresponde à base demonstrativa do *ius puniendi*, onde o domínio do Estado seria à criação das regras penais, compondo o chamado direito objetivo, igualmente denominado de *ius poenale*. Aqui, o direito do Poder Público limita-se à capacidade de criar as regras penais, o seu emprego do Poder Legislativo, e por fim, da persecução criminal, à execução da sentença condenatória, sempre direcionada aos decorrentes do devido processo legal, exceto os direitos fundamentais.

Nessa direção, afirma-se ser o direito de punir a expressão efetiva do poder de império derivado da supremacia do poder público. Por conta disso é possível assegurar que o *ius puniendi* constitui no “direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coativa conservação do direito”. Resumidamente, refere-se o *ius puniendi* ao direito de punir do Poder Público, correspondendo ao princípio da soberania, adequando a sua única capacidade de estabelecer sanção penal perante a realização de um crime.

2.2 Titularidade

Em razão do estabelecimento do Estado Moderno, nasceu a titularidade do direito de punir do Poder Público, já que este, por ser uma entidade jurídica e política, demandou pra si o direito de amparar a sociedade, penalizando os indivíduos que violam suas regras.

Sendo assim, somente o *ius puniendi* do Estado pode agir como poderosa instância pública com competência para solucionar os problemas criminais de modo institucional e pacífico, de modo previsível e racional, eficiente, formalizado, com escrupuloso respeito às garantias individuais, no momento em que fracassem as ferramentas primárias de autoproteção da ordem social. Em razão deste fato, apenas o *ius puniendi* do Estado está apto a garantir a efetiva proteção dos bens jurídicos essenciais, monopolizando a autotutela e a violência particular. É o que compreende Zeidan (2002, p. 53) ao descrever que:

Nos dias atuais, é inconcebível que o *ius puniendi* tenha um titular distinto do Estado, ou que comparta com outros poderes ou instituições esse múnus. O processo histórico de aparição da pena pública e o de consolidação do recurso de coação física corroboram com a ideia de que a potestade punitiva é intransmissível, indelegável e insusceptível de ser compartilhado por uma pluralidade de titulares.

A titularidade do Estado do direito de punir seria afirmada de forma objetiva perante a apreciação do desenvolvimento histórico do direito penal. Sendo assim, é correto dispor que o direito de punir se oferece como correta demonstração do poder do Estado, segundo se verifica na conceituação apresentada por Tourinho Filho (2017, p. 10), a saber:

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe in abstrato e in concreto. Com efeito, quanto o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de inflingir a pena ao autor da conduta proibida.

Perante o que fora descrito pelo autor, o *ius puniendi*, possui dois planos, o abstrato, que seria antes da criação da norma, e o concreto, quando se aplica a

norma à situação. Entretanto, nos dias de hoje, vem reconhecendo à justiça penal um método de “privatização” de parte desse sistema penal, ainda que à exclusividade quanto à violência permaneça se encontrando nas mãos do poder público.

Tal direcionamento consagra ferramentas retiradas da influência privada, a exemplo da mediação e arbitragem, da ingerência da iniciativa privada em campos classicamente mal gerenciados pelos poderes públicos, a colaboração de instituições privadas na composição do cumprimento das sanções penais alternativas de privação da liberdade, colaboração de comunidades de bairros em projetos que previnem o crime, penitenciárias, dentre outros (GOMES, 2016).

Contudo, as condições legalmente estabelecidas à colaboração comunitária e associação privada não correspondem uma forma direta na prática do *ius puniendi*, tendo em vista que a titularidade de tal poder permanecer com o Estado, em regime de total monopólio, como resposta de sua soberania.

Consequentemente, o poder público, independentemente da condição que se consagre, permanecerá sendo o exclusivo titular legitimado a desempenhar o poder punitivo, competindo apenas a ele garantir a segurança e a paz social, sem esquecer de amparar a autonomia pessoal de cada um de seus cidadãos. É o que estabelece o Estado Democrático de Direito, perante o direito do Estado de punir aqueles que violam a lei.

2.3 O Direito de punir frente ao Estado Democrático de Direito

No primeiro artigo da Constituição Federal, apresentam-se as principais particularidades que seriam ser democrático e de direito. Sendo assim, retiram-se dessa Carta alguns preceitos materiais que relacionam o estado ao direito, preceitos estes que ao admitirem a superioridade da garantia dos direitos fundamentais e que tem o intuito de impossibilitar que o poder contenha a democracia. Sendo assim, é importante trazer a definição do que vem a ser Estado Democrático de Direito, que de acordo com Platão (2014, p. 5) seria:

O Estado Democrático de Direito é, assim, uma formatação político-jurídica que realiza uma superação do anterior Estado de Direito, que mantinha o espaço social á mercê da vontade de líderes que, fundamentando seu autoritarismo na existência de uma norma

dedutivo-formalista, justificavam variados ferimentos aos direitos e expectativas dos sujeitos sociais.

Sendo assim, Estado Democrático de Direito seria àquele que possui a finalidade de assegurar o respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais, perante a determinação de um amparo jurídico, onde sua base de direcionamento necessitará ser a proteção, a determinação e a conservação da democracia, tendo como efeito à prática da cidadania (GUIMARÃES, 2017).

Perante tal contexto, inicialmente, é preciso que se pense a respeito dos direitos fundamentais perante os embasamentos do direito de punir, possuindo como fundamento o moderno contexto que relaciona o Estado Democrático de Direito. Encontra-se fundamentado, propriamente a legitimação do direito de punir desempenhado pelo Poder Público, em dois preceitos totalmente importantes, que seriam, o princípio da legalidade e o da igualdade, onde estes, por sua vez, são encarregados pela missão de assegurar a clara e igualitária aplicação das penalidades do Estado.

No modelo de Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica fundamental chama-se de Constituição, e apresenta consigo ferramentas de proteção tanto para o Poder Público quanto para seus cidadãos. Neste contexto, em um Estado Democrático de Direito, a Constituição “de um lado consagra princípios fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outro fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 105).

Sendo assim, revela-se que os princípios constitucionais referentes às garantias e direitos fundamentais, constituem restrições que o próprio constituinte determinou como modo de abrandar o poder punitivo do Estado. Em razão disso, dentro do Estado Democrático de Direito, o poder de punir não deve ser um poder absoluto, e sim, um poder sujeitado às restrições a este mesmo impostas. Sobre este contexto, dispõe Bicudo (2016, p. 173) que:

[...] em uma sociedade liberal e ordenada segundo o modelo do Estado de Direito, o Direito Penal mais adequado à luta contra o delito não é o Direito Penal da retribuição segundo a culpabilidade, nem um puro Direito Penal da prevenção, mas uma síntese de ambos. Não se pode jamais punir se não houver necessidade de prevenção, mas também se não houver culpa. A prevenção no

Direito Penal vem limitada pela culpa, mas também a pena só pode ser aplicada nos limites da necessidade e do escopo da prevenção.

Como se pode perceber, neste modelo de Estado, o respeito obrigatório dos princípios constitucionais pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, seria o que verdadeiramente tem importância como restrição ao *ius puniendi*. A efetiva e ilimitada obediência aos preceitos fundamentais da ordem jurídica deriva da identidade e do sistema político consagrado por cada Estado.

Nesta direção, o direito de punir do Estado é formalmente válido e legítimo, tendo em vista que é afetado com as regras que disciplinam a sua elaboração, e é entendido como justo.

Entretanto, é muito mais que um puro estado de direito o Estado Democrático de Direito, já que não somente determina a igualdade formal entre todos, não obstante, determina igualmente ferramentas de concreto desenvolvimento e composição de uma sociedade solidária, justa e livre.

Conclui-se que, o exercício do poder punitivo do Estado, em um Estado Democrático de Direito apenas será legalizado se existir respeito às garantias e direitos fundamentais e, mesmo assim, necessita-se encontrar-se fundamentado nos preceitos que direcionam a definição de equidade e justiça.

2.4 O fracasso do Estado como titular do direito de punir

É bem limitado o campo de atuação do direito penal, tendo em vista que este apenas pode agir como *ultimaratio*, isto é, como última solução do Poder Público para forçar o respeito aos bens jurídicos que necessitam de amparo, tal fato é que prescreve o preceito da intervenção mínima no direito penal.

De acordo com Nucci (2015, p. 20) uma das defesas favoráveis ao princípio da intervenção mínima seria de que "a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos". Desta forma, possível ineficácia de seus dispositivos faz com que as regras penais percam seus motivos de existir como ramo especial, com possibilidades de penalizar de forma severa as pessoas.

Além disso, conforme revela Nucci (2015, p. 25) essa falta de confiança de certas regras penais no direito brasileiro, deve-se ao fato de que:

Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações administrativas de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação - tudo isso, sem o devido processo legal - do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor.

Vale ressaltar, igualmente, a natureza deletéria proveniente da distinção de valores oferecido pelo poder público, a realização de cada regra nesta respectiva situação. O problema quanto a composição da polícia, da morosidade das ações judiciais, bem como, da omissão do Estado nas situações criminais, acaba trazendo problemas ao emprego da sanção penal. Enquanto que as infrações de trânsito, por possibilitarem a inserção de receitas ao Governo de modo prático e célere, tendo em vista, a sua falta de procedimento legal, como destacado pelo autor anteriormente, possui fiscalização privilegiada, e em algumas situações pode inclusive se utilizar da polícia, que poderia estar combatendo crimes.

Quanto à falha do Poder Público, como titular do *ius puniendi*, principalmente no que diz respeito à administração dos estabelecimentos penitenciários no país, deve-se recordar algumas situações que denegriram à imagem do Brasil, como um Estado Democrático de Direito. Os acontecimentos são representativos, mas somente figurados, se forem comparados com a grandeza de fatos que acontecem diariamente quanto às dificuldades no sistema prisional.

O mais famoso caso deste problema no sistema prisional foi o do Carandiru, ou a Casa de Detenção de São Paulo. Instituído no ano de 1920 para receber 1.200 detentos, inicialmente foi consagrado como um modelo, chamando a atenção internacional pela sua grandeza (GRECCO, 2015) cuja história fora transformada de forma drástica depois dos anos 40, no momento em que começou a enfrentar a dificuldade mais corriqueira do sistema prisional brasileiro, que seria a superlotação.

Se por um lado, o Estado falha ao empregar sanções derivadas do *ius puniendi*, por outro não confere as soluções esperadas por sua atuação como detentor do poder coercitivo de comportamentos censuráveis. Revelam este fato, os números assustadores da ampliação da violência no Brasil, com ênfase para o crime

de homicídio, que acaba violando o bem jurídico mais importante de qualquer cidadão, a vida.

A deficiência quanto à possibilidade da ressocialização é tão grande que, perante a impossibilidade de alcançar esse objetivo, o poder público, e até mesmo a sociedade, acaba se contentando com a pura concepção de que a não dessocialização e incapacitação seria a melhor solução no momento. Esta seria a admissão da ineficácia do Estado, perante o ser humano delinquente.

Essa concepção da não dessocialização, se direciona para outras duas questões, onde a primeira seria de que a pessoa que entra no sistema penal, não pode sair pior do que entrou e, a segunda é que se possível, tendo em vista, que o sistema penitenciário nada mais é do que aquele que perpetua comportamentos ilícitos, pode-se recorrer para as penas que são alternativas à prisão.

Já a concepção da inocuização, corresponde um puro controle e custódia para impedir novos crimes, onde se realiza através do emprego de algumas doutrinas, a exemplo da *Teoria Selective Incapacitation*, onde entende que não reincidirá o preso que se encontra na prisão, com isso não colocará em risco à sociedade, por tal razão, é bem melhor que este se encontre na prisão. Para esta doutrina, o Estado sem responsabilidade, por um motivo de ordem econômica, acaba escolhendo as pessoas que realizam a maior quantidade de crimes, que possui maior possibilidade de reincidência, os que são propriamente ameaçadores, competindo questionar, neste assunto, como se pode estabelecer essa maior periculosidade.

Já a segunda doutrina, a *Teoria Three Strike sand you're out*, compreende que após a realização dos crimes, se deve castigar da forma mais severa possível o terceiro que cometeu um delito, já que revela este ser indisciplinável, o que demonstra um insulto ao princípio "*non bis in idem*", onde ninguém pode ser julgado pelo mesmo acontecimento criminoso duas vezes.

Existe uma redução ou quase uma anulação da tolerância, diante de um assunto realizado na legislação como norma. Essa concepção de menos tolerância, mais sanção e mais intimidação, encontra-se exatamente regulamentada em diferentes pontos da doutrina, chamada de tolerância zero, que acaba criminalizando cada vez mais os pobres, conforme se verificará a seguir.

Sendo assim, é imprescindível compreender que o Poder Público acaba falhando nestas duas específicas bases do direito penal, que seria a verificação dos

crimes, e o emprego das sanções para estes crimes. Deste modo, o campo jurídico se vê envolvido em uma dificuldade que, mesmo que nitidamente jurídico, por referir-se à tutela de um dos mais indispensáveis patrimônios jurídicos da coletividade, atualmente é claramente político. Isso porque, há uma clara omissão dos administradores do Estado em procurar sua resposta, e quando não é, acaba sendo omissos, ao ter atitudes que muitas vezes é apenas temporária, como ocorre com as leis penais simbólicas.

3 ABOLICIONISMO, O DIREITO PENAL MÍNIMO E O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

O abolicionismo, o direito penal mínimo e o movimento de lei e ordem, correspondem aos principais movimentos políticos criminais contemporâneos que separam os pesquisadores do direito penal, diante da importância de tais movimentos para o direito penal, é indispensável realizar uma breve análise de cada um destes.

3.1 Abolicionismo

Considerado como um movimento de natureza heterogênea, que apareceu durante os anos 60 e 70 do século passado, por Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen, três pensadores europeus, o abolicionismo penal, possui como embasamento o julgamento radical à criminalização de comportamentos causadas pelo regime de política criminal, que apareceu como fundamento da manifestação da denominada criminologia crítica (BATISTA, 2011).

Este tipo de criminologia procura entender a formação da pena e dos crimes como métodos dialéticos próprios a integralidade sociopolítica e econômica da sociedade burguesa. Nesta, a conceituação de delito envolve o amparo de bens e domínio de certas condutas dos indivíduos que infringem a natureza da unificação descomedida.

Prega a vertente abolicionista a finalização do direito penal, assim como a supressão deste por diferentes âmbitos do direito, como o direito civil e o direito administrativo. Seu surgimento é conferida a Filipo Gramatica, advogado e professor, em 1945, pelo qual o Poder Público necessitaria consagrar políticas direcionadas para a conservação da ordem social (MARCHI JÚNIOR, 2015).

Neste contexto, o embasamento do abolicionismo seria de que penalizar não seria uma solução para as dificuldades sociais e, inclusive, contribui, já que o sistema penal trabalha como uma fábrica de criminosos, uma instituição de horrores. Deste modo, se as penalidades são severas e agravam a sociedade, colaborando para a violência, necessitam ser finalizadas.

Verifica-se que a teoria abolicionista seria a doutrina direcionada a extinção da pena, despenalização e/ou descriminação de determinados comportamentos

delituosos, isto é, através de finalização do direito penal, sugerindo para isto, que outros campos do direito resolvam os problemas e conflitos sociais. Em outros termos, demonstra o pensamento abolicionista que a prisão revela-se como uma ferramenta totalmente irracional, que não pode ser empregada sem que se viole a dignidade da pessoa humana (GRECO, 2016).

Sobre esta questão expõem Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2011, p. 648) que “Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais”.

O julgamento abolicionista é edificado com o aparecimento da norma penal, estabelecendo ou vedando certa conduta perante a ameaça de penalidade, indagando as condições, assim como a necessidade da espécie penal incriminadora. Passando pela seleção dos indivíduos que, efetivamente, incidirão pela severidade da norma penal.

O Estado apenas se recorda desses quando essencial para desempenhar o seu empenho como modo de limitação das massas, em benfeitoria de uma classe diversa, entendida como superior, que precisa desse para que possua tranquilidade e paz, com o objetivo de que venha “produzir e fazer prosperar a nação” (GRECO, 2016). Já que, conforme é conhecimento de todos, o direito penal é direcionado aos estigmatizados, desempregados, miseráveis, pobres por assuntos raciais, colocados em segundo plano pelo Poder Público, é esta a concepção de Greco (2016, p. 125), a saber:

Com esse inchaço de tipificações penais existente no ordenamento jurídico, o estado não tem opção senão escolher quem punir, caso contrário, o sistema penitenciário não teria vagas suficiente para prender todos aqueles que tivessem cometido uma infração penal. Se fôssemos levar a ferro e fogo a aplicação de todos os tipos penais existentes, não haveriam pessoas disponíveis nem para apurar os fatos criminosos, tampouco julgar os autores dos delitos, pois todos estaríamos presos.

Na concepção dos abolicionistas, a prisão corresponde a uma ferramenta totalmente irracional, que não deve ser empregado sem que se viole a dignidade do homem. Entretanto, ainda que sejam importantes os louvores ao entendimento abolicionista, há certos casos em que não se idealiza ter outra escolha a não ser o emprego do direito penal. Exemplificativamente, como se pode deixar sob

responsabilidade da própria coletividade solucionar, através do direito administrativo ou direito civil, uma situação de homicídio, estupro, latrocínio, isto é, situações arriscadas que necessitam de uma solução igualmente severa e imediata pelo Poder Público.

Entende Zaffaroni (2015) que os julgamentos daqueles que defendem o abolicionismo penal são deslegitimadores do regime penal, isso porque, estes encontram adeptos em diferentes pontos de vista doutrinários, estes igualmente se caracterizam em diferentes orientações. Certas destas mais relacionadas ao chamado abolicionismo penal, argumentam que a coletividade se estruture sem qualquer forma de sanção estabelecida por qualquer âmbito institucional. Já outras se diferenciam por um tipo de direito penal mínimo. Existem entendimentos que assinalam para a probabilidade de supressão de sanções por métodos de mediação e negociação face a face, e outras, principalmente em relação a políticas de cerceamento, a consagração de penas que sejam alternativas a prisão (HULSMAN, 2012).

Sabe-se que é inquestionável a colaboração oferecida pelo julgamento abolicionista, onde ao apreciar as adversidades do direito penal, possibilitou a conscientização à respeito das dificuldades que deste deveriam ser suplantados, principalmente, em razão da fragilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, por um uso inadequado e irracional do direito de punir e, especialmente, da ferramenta da prisão. Contudo, esse movimento encontra-se longe de se desenvolver, já que ainda existem situações onde a ação do direito penal é indispensável, como nos casos de estupro e homicídio, exemplificativamente (LIMA, 2015).

Ainda que totalmente importante esse entendimento abolicionista, o correto é que infelizmente, para certos acontecimentos mais atinados, como os destacados anteriormente, não há diferente solução a não ser o direito penal, não existindo qualquer probabilidade, ao menos na sociedade em que se encontra, de se esquecer totalmente desse sistema, perante a explicação de que outros campos do ordenamento brasileiro possuem capacidade de solucionar quaisquer problemas a bens jurídicos considerados relevantes.

Neste contexto, embora importante esse entendimento oferecido pela doutrina abolicionista, ao entender que o direito penal não seria uma ferramenta apta para direcionar o fim, bem como o entendimento de limitação perante condutas que são

consideradas como censuráveis. Contudo, até então, infelizmente, conforme verificasse, não é possível ver ainda outra ferramenta capaz de impossibilitar a realização de condutas severas, que causem, em certas situações, prejuízos irreparáveis a coletividade.

3.2 Direito penal mínimo e a intervenção do Direito Penal

Também denominado de Direito Penal do Equilíbrio, por Grecco (2015), o direito penal mínimo, procura conservar o direito penal amparado nos bens jurídicos mais imprescindíveis. Desta forma, o Poder Público conserva seu direito-dever de penalizar, sem realizar excessos, direcionando o direito penal a preocupar-se com casos mais severos. Há inúmeros preceitos que direcionam essa vertente, a exemplo do princípio da intervenção mínima e o da dignidade da pessoa humana (LIMA, 2015).

O entendimento minimalista do direito penal sugere a consagração de inúmeros preceitos que necessitarão ser verificados tanto pelo legislador na elaboração e revogação de espécies penais, quanto por aqueles que empregam a norma penal. Em meio a estes princípios imprescindíveis a um direito penal mínimo, que asseguram direitos e garantias fundamentais dos cidadãos perante o *ius puniendi* do Estado, é possível ressaltar os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social, da insignificância, da individualização da pena, da proporcionalidade, da responsabilidade pessoal, da limitação das penas, da culpabilidade e legalidade.

Em outros termos, seria esta uma vertente onde não se estabelece em nenhuma situação o uso da doutrina máxima do direito penal, bem como o abolicionismo em sua forma ampla, já que esta busca determinar a consagração de medidas quando forem necessárias, isto é, o uso do direito penal apenas na situação em que outros campos do direito não tiverem capacidade de responder o problema da sociedade. Sendo este o entendimento de Ferreira (2009, p. 95) conforme se verifica a seguir:

Não basta a simples afirmação de que o Estado não encontra outras soluções para o problema socialmente posto, que não aquela predisposta na legislação penal. É imprescindível restar evidente que foram envidados todos os esforços nesse sentido, ou seja, que as

políticas possíveis foram implementadas e que mecanismos administrativos ou de os outros ramos do Direito se mostram ineficientes no equacionamento do problema.

Resumidamente, verifica-se que na descrição desta teoria, é tido o direito penal como ferramenta indispensável de controle social, entretanto seu uso legítimo apenas pode se realizar em um juízo de *ultima ratio*, isto é, no momento em que fracassarem as ferramentas menos severas de controle social, onde se inserem penalidades estabelecidas pelo direito administrativo e civil, assim como o domínio social não formal, desempenhado, exemplificativamente, pelas instituições religiosas, escola e família.

Sem esquecer-se de um entendimento garantista, possuindo como máximo o emprego racional do direito penal acatando ao impetrado inseparável da dignidade da pessoa humana, onde só deve ser desempenhado o direito de punir do Estado em uma dialética de mínima interferência possível do sistema penal perante as autonomias das pessoas, com um máximo amparo as seguranças pessoais. Enfim, se determina o direito penal mínimo de certo modo a ser diverso ao chamado direito penal máximo, não se oferece adverso ao emprego da regra penal, conforme descreve o abolicionismo, mas igualmente não pode ser confundido com o garantismo, ainda que ambos se completem, estes também se convergem, tendo em vista que se fundamentam com os mesmos pressupostos e ideais (GOMES, 2016).

O direito penal, nesta direção, conforme esta mencionada vertente, começa a ser um sistema de natureza subsidiária, já que apenas existirá incidência no momento em que fracassarem as outras formas de controle social, e fragmentário, já que começa a se responsabilizar, apenas dos mais severos danos aos bens jurídicos mais indispensáveis à coletividade. É indispensável destacar que o direito penal mínimo não veda um emprego severo do direito, diversamente, o emprego precisa ser severo, mas igualmente, racional.

3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Mesmo que o direito à vida consista em uma condição para a preexistência, a expressão dignidade é muito mais abrangente que a vida, isto é, é indispensável se ter dignidade, e não somente a vida. Todos os homens possuem a mesma dignidade

essencial (SOUZA, 2015, p. 205). O direito à vida corresponde ao direito mais essencial perante todos os direitos, tendo em vista que corresponde a uma pré-condição a presença e a prática de todos os outros direitos.

Em segundo plano encontra-se o direito a dignidade da pessoa humana, onde este encontra-se consagrado na Constituição, em seu art. 1º, inc. III, e desempenha total interferência como base para os demais direitos e princípios fundamentais presentes na Carta Magna, assim como essencial embasamento para a presença e conservação do Estado Democrático do país. A respeito desta questão, expõe Faria (2010, p. 99) que:

Ora não há como negar que a situação, antes do advento da Constituição da república de 1988, era outra, muito diferente do que hoje conhecemos. A nova ordem constitucional determinou a passagem de um “Estado de Polícia” para um efetivo “Estado Democrático de Direito” é dizer, após a violência institucionalizada pelo regime ditatorial, nossa República caminhou na direção da renovação de seus valores. Esses valores, poderíamos dizer sem peias e quejados, foram materializados em seus fundamentos, inscritos no artigo inaugural, dentre os quais se destaca a regra da dignidade da pessoa. Regra que afasta por completo a ideologia “Law and Order” (Lei e Ordem).

Sendo assim, verifica-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana corresponde a um dos embasamentos da Constituição, perante tal questão, o direito penal mínimo oferece como seu essencial embasamento o emprego desta vertente, tendo em vista que é o ponto principal para fundamentar o amparo de qualquer ação do Estado que viole os direitos do ser humano, do mesmo modo que ocorre com o emprego de um direito radical ou maximalista, como ocorre com o direito penal simbólico. Sobre este princípio, expõe Hack (2008, p. 56) que:

A dignidade da pessoa humana é dos valores mais importantes que qualquer Estado deve observar. Isso implica ao Estado a adoção de políticas sociais, leis contra discriminação e contra qualquer condição degradante que alguém possa sofrer. Aqui também encontramos a imposição ao Estado de buscar e manter uma vida digna para todos.

Este princípio constitui um dos embasamentos da Carta Constitucional, e perante tal questão, o direito penal mínimo apresenta como seu embasamento principal o emprego desta base, visto que, seria esta base inicial para fundamentar o amparo de qualquer ação do Poder Público aos direitos do ser humano, tal como o

emprego de um direito radical ou maximalista. Sendo assim, é indispensável apresentar a definição do princípio da dignidade, que conforme Sarlet (2017, p. 62) seria uma:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Conforme bem esclarecido por Greco (2016), possui como embasamento o direito penal mínimo, o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o ser humano necessita ocupar o núcleo dos cuidados do Poder Público, que, para a conservação da paz social, necessitará vedar apenas as condutas socialmente danosas, lesivas e intoleráveis, que alcancem os bens mais necessários e importantes à convivência em sociedade. Nesta direção, compreendem-se como bens jurídicos, todas as “coisas reais ou objetos ideais dotados de valor”, ou seja, seriam os bens materiais e imateriais, que, não obstante serem os de maior importância (TOLEDO, 2017).

Contudo, os bens jurídicos são decorrentes de acontecimentos históricos da equipe humana que se relacionam entre si para ajustar diversos requisitos importantes em forma de bens, onde estes são conseguidos com importância essencial para sua concernente proteção. Neste caso, revela-se que o direito adota função de certa natureza, um efetivo regime de relações sociais a proteger e a defender.

Sendo assim, verifica-se que o bem jurídico ser um componente da respectiva situação do indivíduo e de sua demonstração social. Deste modo, essa importância se envolve a regra como um elemento de importância verdadeira, formando-se para isso um componente inicial da composição da espécie, pela qual se necessitem referir a atuação típica e todos os outros elementos. Em relação ao componente do elemento verdadeiro, tem-se que o mesmo se realiza pelo entendimento direcionado pela hipótese de dano ou risco de dano, no momento em que se constata pela injustiça. Não existe injustiça sem a correta revelação do concreto dano ou risco de dano a certo bem jurídico (TAVARES, 2000).

3.2.2 Princípio da intervenção mínima

Na abordagem acerca do princípio da intervenção mínima é importante destacar que este se coloca como um núcleo do conflito em meio ao Estado Social e o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que neste se possui a assimilação com o preceito da intervenção mínima seja quanto a descriminalização quanto pela diminuição das sanções aflitivas, já no Estado social se possui uma assimilação com as modernas formas de crimes para acatar o amparo de pretensões coletivas (GRECO, 2016).

Segundo Greco (2016) inicialmente deve-se levar em consideração, quais os bens jurídicos mais importantes que precisam de proteção do Direito Penal, e posteriormente, deve-se verificar a efetividade dos demais campos do direito na incidência dos bens que não estão envolvidos por este. Dispõe Lopes (2000, p. 85) sobre quais bens seriam estes:

Em definitivo, o bem jurídico deve conceber-se no âmbito de uma relação social dialética, como instrumento que garantirá o desenvolvimento da pessoa ao permitir-lhes uma participação dentro do ambiente político-social de que toma parte. Âmbito em que juridicamente a Constituição representa o marco geral de referência que define os direitos fundamentais e uma organização político-social concreta. Isto, de acordo com as correntes doutrinárias existentes, pode significar que é a constituição que determina que bens jurídicos sejam efetivamente protegidos pelo Direito Penal, ou menos estritamente, que ela sirva de parâmetro para reconhecer esses referidos bens do sistema social.

Deve-se acomodar o direito penal como uma das alternativas de domínio social que confirme as demais alternativas, necessitando ser empregado apenas no momento em que estas se demonstrarem ineficazes para o normal progresso da coletividade. Precisa o direito penal amparar, principalmente, os bens jurídicos essenciais para a coletividade e apenas interferir no momento em que um comportamento que danifique severamente esses bens jurídicos. É deste fato que deriva à importância constitucional e à necessidade de amparo penal a tais patrimônios jurídicos, e que o comportamento necessita precisa ser sancionado.

Para o princípio da intervenção mínima, o direito penal apenas deve se direcionar ao amparo dos bens jurídicos mais necessários e importantes para à vida

em coletividade, importante dispor, que o direito penal, não apenas descreve quais bens seriam mais importantes para a sociedade, como igualmente acarreta a consequência de descriminalização, isto é, vincula certos bens que não possuem tanto valor. É esta a concepção de Almeida (2015, p. 3) ao dispor que:

Assim sendo, o princípio da intervenção mínima é o responsável por indicar bens mais relevantes a tratativa penal e, também, como mecanismo na política criminal que objetiva a descriminalização através da análise fática, sociológica e cultural, isto é, o legislador deve observar as mutações das sociedades, pois em decorrência de sua evolução determinados bens que no passado eram de maior relevância, atualmente fora abandonada a sua importância como, por exemplo, o caso do adultério que antigamente era crime previsto no art. 240 do Código Penal e, em decorrência da reforma legislativa penal fora descriminalizado, isto é, revogado pela lei n. 11.105 de 2005.

Para a autora, este preceito possui a finalidade de reduzir a autonomia do Estado e conservar a autonomia pessoa, no momento em que não conferir riscos aos bens jurídicos escolhidos como expressivos a vida do ser humano. Sendo assim, se a dificuldade pode ser solucionada por outros campos do direito, seria inexequível a criação de uma espécie penal e/ou a ação do direito penal, é deste fato que surge a origem de *'ultima ratio'*.

Neste viés, por conta da volatilidade e da transformação da coletividade compete igualmente ao legislador excluir do ordenamento jurídico delitos que não mais precisam do cuidado do direito penal, já que se repete, o direito penal por ser um campo do direito que invalida o bem mais importante da vida humana, que seria, a liberdade do homem, necessita ser empregado de forma mínima.

3.3 Movimento de Lei e Ordem

Por melhores que sejam as finalidades daqueles que defendem o movimento abolicionista, este sistema encontra-se direcionado ao insucesso, ao menos nas próximas décadas, já que não tem competência a sociedade para inutilizar o direito penal em relação a reprimenda das condutas que atinjam os bens jurídicos mais importantes e precisos para a convivência em sociedade. Neste contexto e na direção totalmente diversa, está a doutrina denominada de Movimento Lei e Ordem, que estabelece um entendimento baseado no direito penal máximo, o que faz com

que a coletividade compreenda que o direito penal seria a resposta para todos os problemas que os atingem.

O movimento de lei e ordem, corresponde a uma resposta, de uma coletividade cada vez mais acuada pela criminalidade e incrédula com as instituições públicas, que começa a entender que as regras penais seriam a melhor resposta para os problemas sociais. Com isso, o Estado Penal ocupa o lugar do Estado Social, onde as políticas públicas direcionadas para a prevenção do delito, como investimentos com saúde, lazer e educação, oferecem espaço as regras repressivas (LIMA, 2015). É este o entendimento de Dornelles (2008, p. 54) ao dispor que:

[...] o mito do Estado Mínimo é sublinhado, debilitando o Estado Social e glorificando o 'Estado Penal'. É a constituição de um novo sentido comum penal que aponta para a criminalização da miséria como um mecanismo perverso de controle social para, através deste caminho, conseguir regular o trabalho assalariado precário em sociedades capitalistas neoliberais.

Uma das correntes do denominado movimento de lei e ordem é a política de tolerância zero. Através deste movimento político criminal, deseja-se que o direito penal venha a ser aquele que ampara, propriamente, todos os bens presentes na coletividade, não sendo possível investigar em relação a sua importância para a sociedade. Se for alcançado um bem jurídico por uma conduta antissocial, este comportamento pode vir a se transformar em uma violação penal, sendo necessário somente para que isto aconteça, o desejo do legislador (GRECO, 2016).

Ao invés de se fundamentar em informações empíricas que revelem uma concreta redução da violência ou a resposta eficiente das dificuldades da sociedade que objetive solucionar, esse discurso é argumentado pelos meios de comunicação que espalham o receio generalizado da coletividade. Convencida por entendimentos preconceituosos e acuada e amedrontada pela insegurança, a sociedade começa a demandar por uma solução enérgica do Poder Público em razão da clara violência e da criminalidade urbana, sem constatar, verdadeiramente, que os problemas próprios a um discursos que descreve o enrijecimento irracional das regras penais e a flexibilização dos direitos essenciais.

Nesta direção, o Estado Democrático de Direito, que possui à obrigação de assegurar o bem estar da sociedade, atribuindo aos cidadãos possibilidades para sua digna existência, confere a um Estado Penal, que oferece menor valor aos

direitos fundamentais, ao dar prioridade ao sistema penal repressivo em desfavor dos investimentos sociais fundamentais. Conseqüentemente, a própria coletividade é a que mais se prejudica, ao ver-se cada vez mais se encontrando em desigualdades e injustiças sociais, que apenas fazem ampliar ainda mais a dificuldade quanto a violência, resultando em um círculo vicioso que não possui fim. Nesta direção, explica de forma ímpar, Cosate (2015, p. 55) que o movimento lei e ordem possui como característica principal o “expansionismo e o endurecimento das leis penais, como forma ilusória de diluir a prática de infrações penais”.

Neste contexto, busca-se compor a sociedade perante o julgamento do direito penal, fazendo com que condutas irrelevantes, de mínima importância, suportem os efeitos severos deste campo do direito. A função educadora do direito penal faz com que tudo tenha interesse para este, possuindo como efeito lógico desse julgamento um direito unicamente simbólico, que não há possibilidade de ser empregado.

Aqueles que são defensores deste movimento, as penas consagradas como alternativas, que impossibilitam o aprisionamento do indivíduo que realizou uma violação penal de nenhuma ou pouca importância, acabam incitando a realização de outros crimes.

O movimento de lei e ordem, na concepção de Amaral (2013, p. 98):

[...] usa-se indevidamente o Direito Penal no ledô engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.

Conforme o entendimento do autor, a sociedade não é educada através do direito penal. Isso porque, o julgamento do direito penal máximo acaba direcionando, de forma obrigatória, a sua ausência de credibilidade, pois quanto mais violações penais, menores serão as probabilidades de serem punidos efetivamente os comportamentos infratores, o que torna ainda mais seletivo e maior a cifra negra. Já descrevia Beccaria (2015, p. 87) que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade”.

Deste modo, sintetizando o entendimento de lei e ordem, deve o direito penal direcionar-se a todo e qualquer patrimônio, não sendo importante o seu valor. Necessitando ser empregado este como *prima ratio* e não como *ultima ratio* da

interferência do Estado diante das pessoas, cumprindo uma função de base claramente repressora e educadora, não possibilitando que os comportamentos socialmente intoleráveis, ainda eu sejam menores, deixem de ser sancionados (GRECO, 2016).

Claramente que este entendimento, ainda que ofereça um falso bem estar a coletividade, não deve continuar, tendo em vista que a própria coletividade não seria tolerante a punição de todas as suas condutas antissociais, onde estas já se encontram acostumadas a realizar de forma habitual.

Sendo assim, os defensores do movimento de lei e ordem, escolhem uma política onde há o emprego do direito penal máximo, por compreenderem que todas as condutas diversas, independentemente do nível de importância que se oferece a estas, necessitam de uma reprimenda que deve ser levada em consideração pelo direito penal. Verdadeiramente, a quantidade exagerada de normas penais, que estabelecem a promessa de maior penalidade para os criminosos infratores, apenas acarretam o enfraquecimento do respectivo direito penal. Fato que acaba levando-o a perda do seu valor e prestígio, por conta da confiança, quase que certa, de uma impunidade, é o que acontece com o Direito Penal simbólico, conforme se verificará a seguir.

4 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O direito penal simbólico, conforme assinala a designação, corresponde ao uso do direito penal como ferramenta do abuso da democracia, através da qual são sancionadas normas mais rígidas, geralmente depois de acontecimentos que acarretam clamor social, não apenas por conta de sua severidade inerente, mas igualmente da massiva publicação da mídia, mas que, no dia-a-dia, acaba sendo vagas já que o sistema penal como um todo não possui capacidade de lidar de modo eficiente com a crescente violência.

É convidado o direito penal a solucionar todas as dificuldades que alcancem a coletividade, como forma de harmonizar a condição e cogitar sobre uma concepção de amparo. Essa natureza simbólica que alcança o direito penal é acarretada como efeito da ineficiência que detém para solucionar as dificuldades para os quais foi selecionado.

Tal demonstração elevada de fabricação de legislações, vinculadas ao entendimento de que tais regras surgem incorretas, tanto como à realização das garantias formais quanto materiais, atinge uma importância específica da vida do homem, que corresponde à segurança jurídica. A cada dia, a pessoa visualiza-se mais restrito em sua liberdade e em seus direitos.

O direito penal em seu atual panorama jurídico político, vem suportando a perda da indispensabilidade de seus papéis, colocando-o como banalizado, vulgarizado e, principalmente, simbólico. Perante a demanda por céleres respostas de uma coletividade que encara dificuldades sociais severas derivadas da ausência de saúde, emprego, segurança e educação, o legislador, fundamentando-se no senso comum, estabelece respostas compreendidas como ineficazes e ineficientes, exemplificativamente, por meio de tipificações de mais comportamentos, aumento de penas e pode, inclusive, violar a Carta Constitucional de 88 (ALMEIDA, 2015).

A utilização simbólica do direito penal não soluciona o problema propriamente, mais sim possibilita, de modo irracional, a falsa concepção de resposta o que acaba por não possibilitar que diferentes campos do direito ou que o possa complementar, a exemplo da antropologia e a sociologia, ou inclusive a elaboração de políticas públicas para agirem no centro dessa dificuldade e não na superficialidade, provocam consequências.

4.1 O simbolismo no Direito Penal

A necessidade de segurança jurídica é tão urgente, que existem aqueles que a coloca em primeiro lugar, esquecendo diversas outras importâncias, que são inclusive, até mais imprescindíveis. Desenvolvendo desta forma, a errada concepção, de que está tão desejada segurança encontra-se acima, superior ao direito e, inclusive a outras importâncias, fazendo deste modo com que às mesmas expirem pela ausência de cuidado e valor, para oferecer espaço a tão aguardada segurança jurídica.

Isto é, à discutida segurança, que inicialmente, sob o ponto de vista jurídico, possuiria o papel de tornar-se um importante instrumento à serviço da dignidade do ser humano, fato que a torna o mais poderoso impedimento diante desta, se colocando neste momento como objetivo principal, não levando em conta quais os modos para alcança-la, inclusive por meio do direito penal simbólico.

O efeito mais danoso da existência cada vez mais ampla de perigos no ambiente social seria a inserção de uma insegurança da sociedade. Sendo assim, demandam-se soluções do Estado perante os riscos pelos quais permanentemente encontram-se expostas as pessoas, sendo o espaço mais plausível a tais demandas o direito penal. Perante a elevada violência que se verifica no dia a dia, consequência implacável que seria da progressiva exclusão social e ativação das necessidades de consumo da coletividade moderna, direciona-se como papel do sistema penal do Estado solucioná-la e abafá-la, com o objetivo de possibilitar a segurança tão desejada pelas pessoas.

Neste panorama, perante as exigências da sociedade, influídas ainda pelo show criminalístico espalhado pelos meios de comunicação em massa, a consequência populista dos políticos revela-se em políticas criminais de punição e unicamente simbólicas, como solução a exigência da sociedade, sem concreta resposta as dificuldades dos problemas criminais, com o principal objetivo de revelar a sociedade que o poder público não se encontra inativo quanto ao combate à criminalidade.

Deste modo, encarregando-se o poder punitivo de um papel claramente preventivo, encarregado pela garantia de segurança das pessoas, busca-se acelerar a coação a respectiva ação delituosa danosa, ampliando-se de forma demasiada os comportamentos puníveis, com excesso de tipificações indefinidas, de ações

preparatórias, de puro comportamento, sem materialidade e de delitos de risco abstrato. Essa hipertrofia na norma penal, objetivando a célere resposta penal e prevenção de crimes, com o objetivo de dominar os perigos sociais acarretados pela violência, estabelece a terceira velocidade do direito penal, assim chamada por Sánchez (2013, p. 193), onde para está o “Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Pelos mesmos motivos simbólicos, realiza o legislador penal a uma inserção das penalidades penais de forma desproporcional, gerando penas descomedidas para as divisões criminosas que acabam se tornando principais alvos deste “combate ao crime”.

Neste contexto, é cabível a possibilidade de adotar a dogmática um significado contrário se alienada da verdade onde se precisa empregar o direito penal. Tal dogmática contrária seria a que se efetiva em atuações puramente eloquências do Poder Público, onde estas possuem consequência prática insignificante ou nula, com a promulgação de normas sem uma condição severa que assegure seu concreto e logico emprego. Essa descaracterização do direito penal é que gera o direito penal simbólico.

De acordo com Andrade (2003, p. 293), o direito penal simbólico refere-se necessariamente à um lugar, em meio ao evidente e ao dissimulado, em meio ao corretamente almejado e o contrariamente ocorrido, e diz respeito às consequências e efeitos verdadeiros do direito penal, onde se pode acreditar que desempenhe por meio da regra e seu emprego outros papéis instrumentais diferentes dos descritos, vinculando-se nesta direção com o engano.

Conforme o entendimento de Roxin (2006, p. 47):

Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.

O direito penal simbólico, segundo destacam Bianchini e Andrade (2006), manipula o receio do crime e a insegurança, reage com severidade desproporcional

e desnecessária e se preocupa unicamente com determinados crimes e certos criminosos. Insere uma demasiada quantidade de determinações excêntricas, tendo conhecimento do seu impossível ou inútil cumprimento e, em alguns casos, oferece ao respectivo ordenamento uma descrença, demonstrando a capacidade intimidativa de suas vedações.

Na concepção de Andrade (2003, p. 293) o direito penal simbólico seria:

[...] precisamente de uma posição entre o “manifesto” (declarado) e o “latente”; entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido; e se trata sempre dos efeitos e consequências reais do Direito Penal no qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associando-se neste sentido com o engano.

Com isso, compreende-se que o direito penal simbólico corresponde aquele que possui um entendimento de ser severo demais e por esta razão acaba sendo ineficiente no dia-a-dia, por oferecer mínimos sinais de severidade excessiva que, na prática, acabam não sendo utilizados, perante o seu não emprego efetivo, necessariamente por ser tão severo.

É uma definição relativamente nova, a apresentada ao direito penal simbólico, que apareceu da verificação deste acontecimento que indaga alguns estudiosos, neste contexto, o define Santoro Filho (2012, p. 220), como sendo:

[...]uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade.

Segundo o autor, seria uma publicação desmedida de normas como solução a demanda de uma sociedade alarmada que colide-se com o verdade objetivo do regime de regras que é o direito penal. Isso porque, ainda que nada venha sendo realizado corretamente para responder a tais problemas descritos pela sociedade, existe aquela impressão tranquilizante de que determinadas ações rigorosas nesta direção estão sendo tomadas. Entretanto, na prática resta claro que a criminalização de conduta ou o aumento da pena não são questões que impedem o delito, bem

como não são sanadoras de um espaço social necessitado de medidas sociais que diminuam a violência.

O Brasil, atualmente, encontra-se em uma fase, onde normas penais de base simbólica são cada vez mais criadas pelo legislador infraconstitucional. Tais normas, conforme entendimento de Capez (2014) oferecem um enorme embasamento, emocional e moral, demonstrando uma clara finalidade pelo Poder Público, de manipulação do julgamento público, isto é, vem o legislador gerando perante a sociedade, uma falsa concepção de segurança.

Este simbolismo na prática surge com a promulgação de normas, em resposta a exigência da sociedade, toda vez que um acontecimento criminoso atinge o país. Que se processa, no momento em que as classes, A e B acabam se escandalizando, isso porque, a criminalidade, retira-se do âmbito quase abstrato da periferia e favelas, e insere na vida destes, vitimando seus filhos, casa e bairros. Esta elite, então investe contra o governo, demandando uma resposta fundamentada, de coerção ao delito, uma rigidez de sua autoridade, onde este responde, de imediato, com regras e mais regras vedando o que é permitido, ampliando a penalidade do que já é vedado (ZAFFARONI et. al., 2010).

Através das mudanças que acontecem na coletividade, se faz experimentar um moderno modo de olhar o direito e, acima de tudo, o direito penal. Diante do cenário de violência, o homem se sente inseguro e acaba exigindo do Poder Público uma concreta interferência para acabar, ao menos, de um entendimento mais verdadeiro, para a redução dos conflitos sociais e da violência.

Resumidamente, as características principais, de acordo com Moraes (2011) desta política criminal realizada nos últimos anos, de desenvolvimento do direito penal seriam: 1) a irracional hipertrofia legislativa, por meio da desordem normativa; 2) simbolismo, seletividade e inoperatividade; 3) explosão carcerária ou prisionalização; 4) o chamado prevencionismo, por meio da exagerada antecipação da proteção penal; 5) flexibilização das garantias executacionais, processuais e penais, a chamada desformalização; 6) a descodificação; 7) instrumentalização do direito penal. Esse direcionamento compõe um direito penal do risco, no campo em que são sacrificadas “garantias fundamentais em nome de uma pretendida luta efetiva contra a criminalidade” (MORAES, 2011, p. 179).

Compreende-se que o homem parte da concepção que entre possuir uma superficial autonomia com mínima ou nenhuma segurança (diz-se que é superficial),

já que se vive em uma coletividade, onde os problemas sociais põem em risco os bens indispensáveis para o progresso do ser humano e não existe uma recíproca confiança em meio aos envolvidos de um mesmo conglomerado social e uma mais ampla interferência do Estado em seu direito de liberdade em benefício de uma maior garantia, o homem não visualiza outra probabilidade que escolher abrir mão de parte da autonomia em benefício de uma maior segurança.

Contudo, tal eficiência que o ser humano procura, não deve ser consagrada com uma maior severidade do direito penal, este selecionado como primeira e exclusiva forma de acabar com os problemas da sociedade. A conservação de um Estado Democrático e Constitucional, que detém em sua Carta Política inúmeros direitos e garantias e, também, possuindo como base no princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial, e demanda que o direito de punir de um poder público suporte diversas restrições, e isso por diversas razões, conforme se verifica a seguir.

A primeira seria que, o Estado, por deter legalidade para interferir em situações de ofensas aos bens jurídicos amparados, necessita utilizar de forma moderada este direito que lhe foi atribuído para que não se torne igual ao delinquente, perdendo, deste modo, a sua legalidade perante a coletividade e diante do próprio delinquente.

Além disso, encontra-se o poder público envolvido pelos embasamentos do garantismo, do social, do liberalismo e da democracia, não devendo, desta forma, exceder a barreira elaborada pela Carta Magna quando da determinação de diversos direitos e garantias asseveradas aos cidadãos, em meio a estes o direito à presunção da inocência e à liberdade.

E por fim, que o Estado apenas pode interferir nas situações de violação aos bens jurídicos através de um correto método, respeitando o incriminado como cidadão, independentemente da denúncia que lhe foi atribuída. Em tal direção, o Poder Público, como instituição acusadora, necessita encontrar-se na mesma condição que o incriminado para que se venha verdadeiramente garantir o princípio da igualdade processual. Não obstante, como instituição julgadora, o Poder Público jamais pode vir a perder de vista que, previamente a deter o adjetivo de acusado, este é um cidadão.

É importante destacar que o papel simbólico do direito penal, mesmo que não seja, em si, prejudicial, acarreta, no momento em que é sobrestimada, consequências danosas a coletividade. Inicialmente, essa incorreta impressão de

calmaria passada a sociedade através da promulgação de normas mais rígidas “tranquiliza” a coletividade, o que faz com que a mesma deixe de demandar do poder público atitudes que verdadeiramente acabem com a criminalidade, a exemplo de políticas públicas destinadas a educação.

Outra consequência contrária desta sobrevalorização dada ao papel simbólico do direito penal seria a perda da veracidade neste estabelecida, tendo em vista que, resta claro, a longo prazo, a sua inaptidão para solucionar essa criminalidade, fato que acaba dificultando ao direito penal a realização de seu objetivo que é o amparo dos bens jurídicos.

Mesmo com as mencionadas consequências lesivas do direito penal simbólico, constata-se que, para o Poder Público, está sendo muito mais barato, rápido e simples elaborar novas normas e enrijecer penalidades ao invés de realizar grandes investimentos em projetos estruturais de políticas sociais, que apenas estabelecerão suas consequências depois de muitos anos.

Além disso, tais investimentos não detêm base eleitoral, já que não acarretam muita visibilidade diante da coletividade, e como entende a grande maioria da sociedade que a publicação de uma norma mais rígida acaba sendo uma medida muito mais eficiente contra a criminalidade, compreende que essa atitude acarreta uma vantagem eleitoral muito maior.

Desta forma, mesmo que diversas pesquisas realizadas no campo da política criminal e da criminologia já tenham revelado um desajustamento do direito penal como a resposta para o problema quanto a criminalidade, cada vez mais são apresentadas e promulgadas normas penais para a sociedade como uma conduta apropriada para reduzir a violência.

Enfim, é importante trazer a concepção de Toledo (2017, p. 5), quanto à questão aqui destacada:

O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. Em grave equívoco incorrem, frequentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias.

E o efeito para tal fenômeno, seria uma ineficácia do direito penal, que, ao invés de oferecer uma atitude preventiva, acaba consagrando um comportamento atenuante a cada acontecimento conflituoso com o que se vê pela frente. O Estado por não tratar do assunto quanto ao crime com bom senso e cautela, acaba tendo que enfrentar os efeitos desastrosos deste ato, que seria a violência e a criminalidade, ao lado de todo o panorama social que as seguem. Quanto àquilo para a qual se direciona, o Direito Penal Simbólico, alcança verdadeiramente suas finalidades, tendo em vista que o simbolismo não possui a finalidade de dar respostas as dificuldades, e sim de tranquilizar a sociedade, é esta a concepção de Queiroz (2009, p. 43) ao dispor que:

Digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento decidido.

Perante o que descreve o autor, a consequência mais adversa é verdadeiramente que a falseta do Direito Penal Simbólico suprime um indispensável combate à violência e a criminalidade. Desta forma, através deste empenho do simbolismo, tem a essência do direito penal desvirtuada, estimula a violência ao invés de restituir o comportamento ilícito, ao estimular ao invés de precaver, disfarça ao invés de “curar”, discorre de forma enganosa ao invés de ordenar.

4.2 O Direito Penal Simbólico no Direito Comparado

Essa direção expansionista político criminal que fora descrita previamente, tornou-se muito comum entre o fim do século XX e o começo do século XXI, sendo pioneiro os Estados Unidos, onde esta expansão foi inserida nas legislações ocidentais depois do atentado terrorista que ocorreu em 11 de setembro de 2001, que levou a morte de diversas pessoas.

Se for levada em consideração, conforme descreve Sánchez (2013, p. 217), “a evolução do Direito Penal espanhol, europeu e internacional, fica difícil questionar as teses básicas da Expansão: a saber, que há mais delitos, que as penas são mais

graves e que as garantias tendem a relativizar-se”. Consagrando este pensamento é que se deseja demonstrar o que fora citado através de exemplos de normas penais de base expansionista no mundo.

Iniciando com os Estados Unidos, fora marcante a política criminal do movimento de lei e ordem, tendo em vista, que se tornou em todo o país, na década de 90, amplamente presente e famosa nos documentos legislativos penais, permanecendo, de certo modo, até os dias atuais, em determinados estados americanos, com a conteúdo embasado de que os elevados níveis de violência verificados seriam respostas a mínima rigidez das normas penais. As questões que mais atraíram atenção, ao grande movimento americano de severidade e repressão penal, referem-se as doutrinas da “Tolerância Zero” e “Janela Quebrada”.

Essa direção de higienização, do movimento de lei e ordem americano, conseguiu seu embasamento na famosa Lei Californiana, que estabeleceu o procedimento fórmula *three strike sand you are out*, determinando pena perpétua, ao indivíduo que tenha realizado três ou mais crimes, onde por meio deste, conforme descreve Zaffaroni (2007, p. 62), “restabeleceu-se o desterro definitivo dos indesejáveis ou inimigos, uma medida violadora do princípio da proporcionalidade”. O objetivo do legislador com esta norma, seria acabar de forma definitiva, por meio da prisão perpétua, os habituais criminosos, entendendo-os como indivíduos perigosos para a coletividade, que precisam ser dominados. Tal norma penal, é claramente uma violadora das garantias fundamentais, bem como, do princípio dos princípios, que existe em qualquer Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade.

Igualmente na Espanha, restou verificada a existência de normas com finalidades que neutralizam essa habitual criminalidade, como por exemplo as reformas sucessivas que aconteceram durante todo o ano de 2003, no Código Penal de 1995, onde estas, de acordo com Conde (2005, p. 5), se modificaram para o que, o respectivo governo admitiu como um “Código Penal de Segurança”, onde cuidou-se da coação rígida da profissionalização e habitualidade delituosa, em padrões parecidos com o panorama do movimento de lei e ordem dos Estados Unidos. Com isso, converteu em crime e penalizou com prisão, o legislador espanhol, em um período de um ano, apenas a obtenção de quatro faltas contínuas, em desfavor da propriedade, ainda que por furtos simples, objetivando acabar com o que era chamado de “crime profissionalizado”.

É importante destacar também, no que diz respeito ao contexto europeu, as sancionadas leis antiterroristas, que se espalharam depois de 2001 pela Europa Ocidental, especialmente depois dos atentados que ocorreram na Inglaterra e na Europa Ocidental. A Lei Antiterrorista, de 2001, é uma representação deste direcionamento legislativo, que possibilita a retenção administrativa, de estrangeiros que forem suspeitos de fazer parte de organizações terroristas, de forma ilimitada, que foi considerada inválida, no ano de 2004, pela Câmara de Lordes, com a justificativa de que esta acaba violando, o direito à igualdade jurídica, em meio a cidadãos e estrangeiros, bem como, ao devido processo e amparo judicial concreto, dentre outros direitos assegurados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (MORAES, 2011).

Igualmente na Inglaterra, grande polêmica foi ocasionada pelo conjunto de normas táticas consagradas pela polícia metropolitana de Londres, para trabalhar com o perigo de terroristas suicidas, sendo esta conhecida como à Operação Kratos, atribuindo à possibilidade para que policiais sem qualquer aviso anterior dispare tiros fatais. Como se pode perceber, no âmbito internacional, o simbolismo revela-se através do expansionismo do direito penal, onde as sanções são ampliadas sem qualquer investigação ou critério, apenas para atender à um desejo da sociedade ou para atingir determinados indivíduos, grande parte destas ocasionadas pela sua repercussão na sociedade, através dos meios de comunicação.

4.3 A mídia e sua influência no direito penal

Os meios de comunicação, de certo modo, colaboram para o estabelecimento de um direito penal simbólico, ao estimular a pretensão da sociedade pelo assunto quanto a criminalidade, principalmente pelo monopólio de certos acontecimentos delituosos como se fossem do dia-a-dia.

Uma transformação na abordagem da criminalidade fora promovida pela “sociedade de risco”, que passou por um redirecionamento comunicativo na sua midiatização. A criminalidade redirecionou-se de ambientes precisos, a exemplo de pequenas páginas policiais de jornais com enorme circulação ou ainda de jornais direcionados a transmissão de delitos, para ser o principal agente da sua história nas mais variadas formas de comunicação. Os jornais que se especializam na transmissão de eventos criminais não são mais os únicos que divulgam o

sensacionalismo midiático, a questão quanto a criminalidade se dispersou de modo encorpado por toda a programação da televisão e para fora das páginas policiais. Provavelmente, a criminalidade venha a ser uma das, senão a principal base que direciona os meios de comunicação quanto a sociedade (CONTRERA, 2002).

Nesta direção, verifica-se até mesmo um direcionamento de certos programas na televisão de tomarem para si, um tipo de encargo competitivo, certos papéis administradores, acima de tudo no que diz respeito a algumas competências da polícia, como por exemplo, colocar câmeras de forma cuidadosa, para conseguir alguns flagrantes, a procura por imagens e acontecimentos criminosos através de helicópteros de emissoras que sobrevoam as cidades, ou também situações onde o apresentador acaba ele mesmo negociando o sequestro. Esse acontecimento é chamado por Batista (2012, p. 155) como sendo a “executivização das agências de comunicação social do sistema penal”, onde para o autor, estas “microcâmeras desses jornais policiaescos estão executando diretamente funções de agências policiais”.

Verdadeiramente, direcionar para os meios de comunicação papéis desempenhados de forma ineficiente pelo Poder Público acaba criando um problema, que seria a promoção da espetacularização. Demanda a mídia pela finalização da violência, contudo, deve-se destacar que se tal fato acontecesse, acabaria esvaziando um enorme setor dos meios de comunicação que são direcionados exclusivamente para a cobertura de crimes, tendo em vista ser bastante lucrativa essa midiática da criminalidade, e sendo assim, procura-se dar preferência não a colaboração com o Estado, como uma ferramenta para acabar com a violência, mas para se ter a entrada imediata dos acontecimentos, o que permite essa espetacularização (BATISTA, 2012).

Perante o fracasso do direito penal na realização de seus claros objetivos, parece claro que este é cada vez mais empregado como ferramenta para consolidar uma conduta social. Em tal direção, o julgamento da sociedade e sua própria relação simbiótica com os meios de comunicação determinam, em um espaço popular, um intenso binômio capaz de assegurar a servilismo do Poder Público e, conseqüentemente, do legislador, as suas pretensões.

Esse servilismo do Estado a sociedade soberana, que é consagrada como um benefício da democracia em certas situações, acaba gerando enormes imprecisões, que são realizadas por conta de uma procura constante pelo capital político, que

vem sendo edificado, perante a base do direito penal, perante a argumentação do punitivismo, demandado por uma clara parte dos meios de comunicação, que se põem como intermediários do desejo da sociedade (ROCHA, 2011), em relação a esta questão, expõe Borges (2002, p. 67) que “os noticiários policiais estão na esteira de um ideal disciplinador que se respalda na tática punitiva contemporânea [...]. Tais programas conclamam a sociedade, os órgãos competentes, a fazerem valer a lei”.

É importante destacar igualmente, que os discursos dos meios de comunicação acabam simulando, a sua lucratividade com a exploração da criminalidade, e do receio da sociedade, utilizando, para isso, de uma atitude de inflexibilidade perante a violência, fundamentado na irrealidade de um passado onde existia calma, e que, em razão disto, necessita convir como um padrão para a coletividade que se procura nos dias de hoje e posteriormente. Existe com isso, uma edificação de discurso melancólicos de tempos de calma que acaba funcionando como uma explicação para a estabelecida reprovação da criminalidade.

Fora perante grande interferência da mídia que editou o legislador brasileiro a Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que apresentou comportamentos que são compreendidos como aquelas que merecem grande desprezo pela sociedade e pelo Poder Público, como igualmente a Lei nº. 9.455/97 (Lei de Tortura), entre outras, isto é, seriam soluções provisórias para abrandar os entusiasmos da coletividade e formas ineficientes de combate a elevada violência.

Destas normas legislativas e do respectivo experimento na aplicabilidade das regras, verifica-se que não serviu e nem serve a intimidação como modo de combater a criminalidade, do mesmo modo que a prisão ou a sanção não ressocializam ou reabilitam o apenado ou o preso, produzindo sim consequências adversas aos ambicionados, retroalimentando a violência. Tais normas aparecem pelo grande clamor da sociedade por segurança e justiça, tendo em vista que a criação de tais normas não implicou na diminuição da violência, assim como na efetividade da segurança.

4.4 Direito Penal do Inimigo

Distancia-se cada vez mais o direito penal do padrão clássico, fundamentando-se na hipertrofia legislativa e na criação de espécies penais e

ferramentais processuais previamente não empregados, caracterizando, conforme descrito previamente, um denominado direito penal máximo. Em meio a esta espécie do direito penal, como um dos seus integrantes mais severos, o direito penal do inimigo.

Encontra-se na essência da terceira velocidade do direito penal, ofertado por Jakocs por volta de meados de 1985, o direito penal do inimigo, e que vem recebendo importância e favoráveis no universo jurídico, especialmente no hemisfério norte do planeta, depois do acontecimento de diversos delitos que assustaram a sociedade, a exemplo do atentado terrorista que aconteceu ao World Trade Center, em 11 de setembro, e ainda os atentados que aconteceram em Madrid e Londres, que aconteceram propriamente em 11 de Março de 2004 e 07 de Julho de 2005, e por último em 13 de novembro de 2015, em Paris.

Essa doutrina, decorre do julgamento funcionalista sistêmico embasado na racionalidade comunicativa, apresenta consigo uma diferenciação em meio a dois tipos de delinquentes. Primeiramente, àqueles que possuem suas seguranças legais conservadas em razão do fato de terem realizados delitos de mínimo grau lesivo, garantindo-lhes sua conservação da condição de cidadão e assegurando-se depois a realização da sanção, continuar com seus direitos e com o entendimento de reintegração social, que corresponde ao direito penal do cidadão. E ainda, os delinquentes de elevada periculosidade que realizaram ou possivelmente podem vir a realizar delitos de enorme nível ofensiva, e em razão deste fato, suportariam medidas de segurança específicas, isto é, sanções severas com o intuito de dominá-las, ainda que de modo antecipado, suplantando para isto garantias processuais e legais, que corresponde ao direito penal do inimigo. Conforme destaca Gomes (2010, p. 2), a saber:

[...] de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas (GOMES, 2010, p. 2).

Como se pode constatar, a definição de pessoa, não deve ser confundida com a definição de ser humano, isso porque este último, apenas pode ser entendido como aquela um indivíduo que se atribui uma segurança cognitiva satisfatória de uma conduta particular, e tal fato decorre do entendimento de que toda a normativa para ser verdadeira necessita de um fundamento cognitivo.

No mundo atual, de acordo com Jakobs (2003) é dividido o direito penal em direito do cidadão e o do inimigo, onde aquele trabalha com os crimes que acontecem dentro de uma coletividade, contudo, que não simbolizam graves problemas a esta como um todo, isto é, para criminosos aleatórios e delitos que não modificam a condição da sociedade. Já o segundo, que corresponde ao direito penal do inimigo, necessitaria ser emprego contra aqueles que simbolizam uma intimidação quanto a conservação do Estado de Direito. Contudo, é importante constatar que o jurista oferece uma extensão mais ampla da definição de inimigo, envolvendo destes delinquentes reincidentes a terroristas (SYROGIANNIS, 2015).

Descreve Jakobs (2003) que são entendidos como inimigos do Poder Público os delinquentes terroristas, econômicos, criminosos organizados, agentes de crimes sexuais e outras violações penais arriscadas, sobre esta questão, dispõem ainda Jakobs e Melia (2010, p. 49-50) que:

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

Sendo assim, o inimigo corresponde a uma pessoa que, perante sua conduta, sua profissão, ou especialmente, perante sua estruturação e relação, abandonou o direito de forma possivelmente duradoura e não apenas de forma incidental. Seria aquele que não assegura mínima garantia cognitiva de sua conduta particular e revela esse problema através de seu comportamento.

Em relação a vigência das regras, que possui enorme similaridade com o funcionalismo ordenado, descreve-se a distinção em meio ao seu objetivo para os inimigos e para os cidadãos, verificando que “O Direito Penal do Cidadão mantém a

vigência da Norma, o Direito Penal do Inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos” (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 21).

Enfim, é importante destacar que o direito penal do inimigo oferece consigo três embasamentos, dos quais correspondem a embasamentos fundamentais a seu emprego e revelam a razão de ser admitida como terceira velocidade do direito penal, que seria a precocidade da sanção, a desproporção das sanções e elaboração de normas mais rígidas destinadas àqueles inimigos do Estado e, a supressão e/ou relativização de garantias processuais.

Zaffaroni (2015, p. 131), ao criticar o entendimento filosófico de Jakobs, defende que para as pessoas que poderiam entender que o direito penal do inimigo do professor alemão não se direciona em desfavor dos indivíduos que afrontam o Poder Público, e sim a uma classe própria de delinquentes que atingem a segurança pública, desta forma, relata o autor que:

É possível objetar-se que no caso do chamado direito penal do inimigo, não se trata de assinalar como tais aqueles que exercem um direito de resistência, mas sim certos criminosos que não exercem nenhum direito natural pré-contratual nem nada parecido. Esta objeção não leva em conta o fato de que, ao consagrar o conceito de inimigo, introduz-se diretamente o modelo de Estado absoluto, sem importa em relação a quem esse conceito é aplicado, pois o rompimento do princípio do Estado de Direito deixa aberto o caminho para que, mais cedo ou mais tarde, estenda-se o conceito a qualquer resistente e, em especial, aqueles a quem o soberano tem interesse em reprimir, que são os que criam obstáculos à sua arbitrariedade ou os que considera conveniente neutralizar ou eliminar por razões de poder.

É possível verificar igualmente no país essa hipertrofia legislativa, resposta de uma sociedade pós-industrial, elaborada para acatar as novas exigências penais e para combate da moderna criminalidade estruturada, é possível mencionar algumas legislações, a saber: a) Lei nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico de drogas e uso indevido de substâncias entorpecentes; b) Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986, define os crimes contra o sistema financeiro nacional; c) Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 – que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor; d) Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, dispõe sobre os crimes hediondos; e) Lei nº. 9.434, de 03 de maio de 1995 – dispõe sobre a utilização de meios operacionais para

prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (SILVA, 2011).

4.5 Lei Penal Simbólica: alguns exemplos no Brasil

No Brasil a abordagem sobre a inflação legislativa que envolve a produção de leis penais simbólica reflete um padrão simbólico e punitivista do direito penal, que se desenvolve nos dias de hoje, o que leva ao fato de que tal padrão, fundamentado garantia e na prevenção da segurança pública claramente ameaçada pelas urgências, acaba desfazendo os impetrados garantistas do direito penal liberal efetivados nos Estados de Direito, de importância constitucional, o que acaba deixando os cidadãos vulneráveis perante o arbítrio do Estado.

Como exemplo brasileiro é possível ressaltar o estabelecimento através da Lei nº. 10.792/2003, do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na execução penal pátria, onde está determina reclusão particular e em condições desumanas. Em tal legislação, determina-se a sujeição ao regime distinto de presos, condenados ou provisórios que demonstrem “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, conforme o art. 52, § 1º, do diploma citado, e ainda conforme o seu § 2º, para aqueles indivíduos que se “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando” (BRASIL, 2003). Claramente, verifica-se uma rigidez de penalidade explicada apenas pela periculosidade individual, e não pelo acontecimento criminoso, efetivando a finalidade de neutralizar e retirar o criminoso perigoso, atribuindo-se a este periculosidade, desta forma, sem o devido processo legal, isso porque é fundamentado unicamente em meros conceitos e suspeitas imprecisas e subjetivas de elevado perigo a segurança e a ordem.

Nesta questão, constata-se que a norma brasileira não refere-se a tais pessoas como cidadãos, a não ser como inimigos da natureza social, onde estes são neutralizados por meio de uma guerra, limitando suas garantias liberais penais, através de mera punição pela sua periculosidade, sem acontecimento danoso, e desproporcional, e processual, por meio da responsabilização penal sem o devido processo legal, renunciando deste modo, a sua respectiva humanidade.

Outro claro exemplo de legislação simbólica mais recente, seria a instituição da lei denominada de Lei “Carolina Dieckmann”, onde depois de uma pressão feita

pelos meios de comunicação, promulgou-se esta lei, exatamente no mesmo período em que aconteceram os fatos com a atriz. Refere-se a uma norma casuística, tendo em vista ser elaborada em razão de um caso concreto, específico, distanciando, deste modo, das condições da generalidade e abstração que necessitam envolver a composição das normas.

No julgamento de Callegari e Wermuth (2010, p. 345) os principais motivos para o uso político do direito penal simbólico, seriam que através deste adquire o legislador uma 'boa imagem' em face da sociedade, "na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais, atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos". Além disso, o uso deste direito penal simboliza uma opção mais "barata" no momento "de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro" (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 345).

Essa promulgação exagerada de normas como solução a demanda de uma sociedade reprimida colide-se com o objetivo do regime de normas que seria o direito penal. Isso porque, ainda que nada verdadeiramente encontre-se sendo realizado para responder as dificuldades, existe uma sensação que acaba tranquilizando a todos, de que ações rígidas estão sendo feitas nesta direção. Entretanto, na prática resta claro que uma ampliação da sanção ou a criminalização de comportamentos não seriam questões que impedem o crime e nem acabam com um espaço social necessitado de atitudes sociais que diminuam a criminalidade (CAPEZ, 2014).

Diante dessa breve análise, fora possível constatar que, o direito penal simbólico, pode ser inclusive, um dos motivos da ampliação da criminalização, diante do descrédito que o poder público transmite no momento em que, deseja tudo amparar.

5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa tratou do direito penal simbólico no Brasil, fazendo uma análise quanto as principais leis existentes no país, que possuem esse sentido. No capítulo I, restou confirmado que o exercício do poder punitivo do Estado, em um Estado Democrático de Direito apenas será legalizado se existir respeito às garantias e direitos fundamentais e, mesmo assim, necessita-se encontrar-se fundamentado nos preceitos que direcionam a definição de equidade e justiça.

No momento em que a paz da sociedade está ameaçada, possui o Estado, por meio de seus sistemas, a obrigação de restituí-las, e na situação onde haja uma violação de certa regra inibidora de comportamentos, neste caso o sistema que é indispensável é o penal, através da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, que necessitará agir de modo único, sem discriminação dos indivíduos, sendo este o *ultima ratio do direito*, contudo, conforme se pode verificar, não é isso que vem acontecendo.

No capítulo II, tratou-se das três correntes movimentos políticos criminais contemporâneos que separam os pesquisadores do direito penal. Onde, o direito penal mínimo, desde o Iluminismo, vem sendo consagrado como um padrão político criminal que surge como um paradigma segundo o qual se estabelece uma doutrina liberal do direito penal, conforme visto no conteúdo deste estudo. Nos padrões estabelecidos pela escola penal tradicional, procurou-se estabelecer uma doutrina do direito penal composta por um regime de garantias e princípios que deixasse racional a prática do poder de coerção do Estado em relação a limitação da liberdade das pessoas. Tendo como objetivo conservar ao máximo tais autonomias pessoais, esse padrão teórico tem o intuito de restringir o poder punitivo do Poder Público e garantir, nos campos penal, processual e de execução, amparos aos jurisdicionados em desfavor do poder punitivo soberano, acatando ao mesmo princípio de abrangência que estimulou a edificação doutrinária do Estado de Direito.

E no capítulo 3, onde se analisou sobre o direito penal simbólico, confirmou-se que é preocupante o direcionamento punitivista que segue nos dias de hoje. Onde este através de preleções emergências referentes a segurança pública, este direcionamento político criminal vê a violência como uma guerra e destrói todo o sistema de garantias penais, esquecendo que os alvos desta exagerada coação não

são externos inimigos, mas sim pessoas, que possuem direitos, garantias e liberdades conforme determina a Constituição.

Também nesta direção, é igualmente preocupante a atribuição, que se demonstra apenas simbólica, ao direito penal de papel tranquilizador de grandes problemas conjunturais e estruturais da coletividade, a exemplo da criminalidade socioeconômica como um todo, do terrorismo e da criminalidade organizada. Atualmente, os legisladores criminais brasileiros vêm nas normas penais a solução para problemas intensos que atingem a sociedade política.

Atualmente, o legislador elabora tipos penais de forma descomedida sobre a influência de um movimento que busca somente a punição, com isso o sistema penal visualiza sua saída para que ele mesmo não venha a ser aprisionado. O desenvolvimento da criminalização indiscriminada e a hiperinflação legislativa são questões principais dos julgamentos feitos ao sistema penal, já que existe uma diminuição rigorosa no poder de coerção do direito penal em razão da elaboração rotineira e em massa de espécies penais que não acatam de forma eficiente as demandas de amparo aos bens jurídicos essenciais.

Com isso é possível responder ao problema desta pesquisa, onde o modelo de direito penal simbólico adotado no Brasil, não assegura a proteção aos cidadãos e seus direitos fundamentais, já que apenas visualiza a severidade da pena, por tal motivo, não pode ser considerado como resposta para as dificuldades sociais vivenciadas hoje em dia, confirmando assim, a principal hipótese consagrada inicialmente.

Nesta direção, acaba sendo comum o uso de normas penais com a finalidade de harmonizar os vínculos políticos, econômicos e sociais e, igualmente para acatar a exigência e pressão da coletividade. Entretanto, o legislador, no momento em que elabora tais regras, em grande parte das situações, não aprecia o fato com racionalidade e criticidade como deveria ser.

Como resultados principais é possível descrever que, esta ação acaba adulterando o direito penal minimamente intervencionista e liberal, como *ultima ratio* do sistema jurídico, transformando em ramo punitivo universal no controle social, o ordenamento jurídico penal, colocando-o como conflitante, perante o que determina os princípios constitucionais, com a severa sanção privativa de liberdade através do emprego capacitado.

Deste modo, é possível compreender que o padrão de direito penal que está sendo estabelecido nos dias de hoje no Brasil, chamado de terceira velocidade, ou direito penal simbólico, ou de acordo com o paradigma do inimigo, é totalmente conflitante com o que propõe o Estado de Direito. É possível otimizar o direito penal, sem que para isso tenha-se que sacrificar seus princípios, para que o mesmo venha a ser mais concreto do que já é, contudo, não da forma que almeja e exige a sociedade. Sendo assim, o seu patamar máximo de efetividade está em uma disposição em meio a que o mesmo se encontra atualmente e ao que deste se deseja.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mayara Ferreira de. Princípio da Intervenção Mínima e o Direito Penal Simbólico. **Anais Eletrônico IX EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica UniCesumar** Nov. 2015, n. 9, p. 4-8. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/mayara_ferreira_de_almeida_1.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**- do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCrim, 2013.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: **Discursos Sediciosos**: crime, direito e sociedade, nº. 12, ano 7. Rio de Janeiro: Revan, jul-dez 2002.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1973.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Texto integral. Trad. De Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Edipro de Bolso, 2015.

_____. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2013.

BIANCHINI, Alice. ANDRADE, Léo Rosa. Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias. In: Brito, Alexis Augusto Couto de; Vanzolini, Maria Patrícia (Coord.). **Direito penal**: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Rosane da Silva. Jornalismo-verdade ou condenação sumária: jornalismo policial e os mal-ditos no programa de TV Bandeira 2. Dissertação de mestrado em jornalismo, **Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo**. São

Paulo, 2002. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp010831.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. Parte geral. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1984.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Malquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 12, p. 337-354, jul/dez. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, n. 2, p. 1-37, 2005. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2005-2/ReformasParteEspecial-RECJ.02.01-05.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CONTRERA, Maria Segura. **Mídia e Pânico**: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia. São Paulo: Fapesp, 2002.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e segurança**: Entre pombos e falcões. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

FARIA, Fernando César. **O Direito Penal Mínimo e o Princípio da Insignificância**. Disponível em: <<http://www.hg.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2018.

FERREIRA, Aureliano Coelho. **Breve Análise dos Movimentos de Política Criminal**. 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5302/Breve-analise-dos-movimentos-de-politica-criminal>> Acesso em: 30 set. 2018.

GOMES, Luiz Flavio. **Curso de direito penal**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECCO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 9ª ed. Rev. e atual. até 1º de janeiro de 2016. São Paulo: Impetus, 2016.

_____. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel e ROSA, Lícia Haickel. Fundamentos Do Direito Penal Contemporâneo: Das Doutrinas Clássicas Aos Novos Paradigmas Críticos. In: ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba-PR. Ano X, n. 17, jul/dez-2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. 4ª edição. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

JESUS, Damasio de. **Direito penal**: parte geral. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Thais Costa. Femicídio como exemplo do Direito Penal Simbólico. **Revista Jus Navigandi**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40804/feminicidio-como-exemplo-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARCHI JÚNIOR, Antônio ed Padova. **Abolicionismo criminal**. 2015. Disponível em: <www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 30 set. 2018.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PLATÃO, 427-347 a.C. **A República**. Tradução Leonel Vallandro. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

PREDIGER, Rui. **Prisão e penas alternativas**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2000. Disponível em: <<https://www.escavador.com/sobre/4296383/rui-prediger>>. Acesso em: 12 set. 2018.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Parte geral. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2013.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. In: **Ciências penais**: perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Grego. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Um discurso sobre direito penal de exclusão**: direito penal do inimigo – aspectos jus-filosóficos e normativos. São Leopoldo: UNISINOS,

2011. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3454/discurso_sobre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2018.

SYROGIANNIS, Irine Cardoso. **Direito penal do inimigo**: a quebra do contrato social e os culpados úteis. Faculdades Integradas Hélio Alonso. Rio de Janeiro, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte/BH: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. **A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: segundo volume – Teoria do delito: introdução histórica e metodologia, ação e tipicidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZEIDAN, Rogério. **Ius Puniendi, Estado e Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio, 2002.