

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

FELIPE AUGUSTO FORTE DE NEGREIROS DEODATO

ROGÉRIO GESTA LEAL

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

A história dos delitos e das penas no Ocidente é terrível em termos humanitários, matéria já explorada à saciedade por filósofos, cientistas políticos e juristas, fazendo que buscassem, de forma intermitente, mudanças no sistema sancionatório ocidental. Como lembra Foucault, o tramonto dei supplizi é sentido como exigência social improcrastinável a partir da segunda metade do século XVIII, em especial na França Revolucionária, quando surge a necessidade de se punir de outra maneira da tradicional da época, abolindo o confronto físico entre soberano com o condenado e dissolvendo um pouco as tensões entre o Príncipe e a cólera do povo em face de seu intermediário (o executor) e o executado.

A interrupção súbita daquela relação sanguinária de punição, até então indissolúvel em face das relações de poder que se estabeleciam e autorizavam a violência tirânica do Rei (e seu prazer de ver o povo sofrer), paradoxalmente ocorre através do mais suave dos sentimentos, a doçura, ora entendida, na reconstrução foucaultiana, como a natural necessidade de castigo sem suplício, formulada a partir da ideia de grito do coração ou da natureza indignada, pois mesmo ao pior assassino uma coisa ao menos deve ser respeitada quando é punido: a sua humanidade.

É o homem, em suma, desprovido de seu aspecto criminal, que deve ser tomado como fundamento contrário ao despotismo da sanção-suplício, símbolo material do poder monárquico.

Hoje os juristas do século XXI são chamados à reflexão sobre estes temas enquanto parábolas da humanidade, haja vista que, por um lado, alguns modelos de pena criminal podem operar com a lógica do passado (o sistema carcerário brasileiro é uma realidade viva disto); por outro, mesmo os avanços humanistas das penas e suas execuções ainda deixam a descoberto novas tipologias de condutas criminosas preocupantes, geradas por outra Sociedade, hipercomplexa em termos de relações e seus resultados (catastróficos).

Desde o final da década de 1980 alguns sociólogos e filósofos tem discutido sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferidos - como é o caso de Ulrich Beck , Anthony Guiddens , Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman , dentre outros.

Esta Sociedade se caracteriza em face de múltiplos fatores transnacionais, econômicos e culturais, com interconexões e protagonismos igualmente plurais, fazendo florescer com velocidade impar interesses e bens muito mais difusos e coletivos do que individuais, todos carentes de proteção jurídica e política.

Estes cenários, por sua vez, favorecem a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos. Tais perigos se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.); não que tenham se extinguido, por conta da inexistência de conhecimentos e informações técnicas e científicas para dar conta deles, mas provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações (como é o caso dos danos ambientais).

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente.

Ao lado disto, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana e os paradigmas do Direito Penal Liberal, como reconhecendo a este a ultima ratio dos sistemas normativos, os princípios da legalidade estrita e taxatividade em termos de tipologias penais e sancionatórias, a subsidiariedade das ciências penais para o enfrentamento dos conflitos humanos, os déficits democráticos dos modelos inquisitórios e acusatórios do Direito Penal e Processual Penal, entre outros mais.

Todas estas questões podem ser visualizadas nos trabalhos apresentados neste GT e Revista, com alta profundidade acadêmica e reflexiva, amplamente debatidos por seus autores e interlocutores nos grupos de trabalho que ocorreram nos dias 08 e 09 de dezembro de 2016, em Curitiba, o que pretendemos agora socializar com o público leitor brasileiro e internacional.

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato - UFPB

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal - UNOESC

REFLEXOS DA DIALÉTICA DO MODERNO NO DIREITO CRIMINAL BRASILEIRO.

REFLEXES OF THE MODERN DIALECTIC IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LAW.

Murilo Darwich Castro De Souza ¹

Resumo

O moderno Direito Criminal brasileiro segue uma lógica perigosa de urgências, buscando através do poder punitivo alcançar inúmeras finalidades estranhas ao direito penal clássico cuja finalidade é, justamente, de assegurar as liberdades. Os déficits de funcionamento do moderno direito penal e do direito penal simbólico, ensinaram que uma maior contundência dos instrumentos jurídico-penais nem sempre melhoraram os problemas da sociedade, deve-se atentar para a subsidiariedade do direito penal em relação com outras estratégias de solução. Sobretudo, deve-se ter em conta que o recrudescimento do poder punitivo tem custos pagos com a renúncia a princípios e liberdades valiosas de difícil manutenção.

Palavras-chave: Direito penal moderno, Direito de defesa, Direito penal simbólico, Direitos e garantias fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The modern Brazilian criminal law follows a dangerous emergency logic , searching through punitive power to achieve many purposes strange to the classical criminal law whose purpose precisely to ensure freedoms. Operating modern criminal and symbolic criminal law deficits , taught that a greater incisiveness of the legal and penal instruments improved not always the society problems , attention should be paid to the subsidiarity of criminal law in relation to other solution strategies. Above all, it should be borne in mind that the rise of punitive power has paid costs renunciation of principles and valuable difficult to maintain freedoms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modern criminal law, Defense rights, Symbolic criminal law, Fundamental rights and guarantees

¹ Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Maurício de Nassau, Pós-graduando em Ciências Criminais pelo Centro Universitário do Pará, Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discorrer acerca do fenômeno do direito penal moderno aplicado na realidade brasileiro, buscando identificar tendências que demonstrem tal fenômeno bem como apontar suas consequências, sobretudo as que representem diminuição de direitos e de liberdades dos cidadãos em prol da implementação de um estado policalesco.

A ilustração alemã significou a superação do direito natural, o legislador passou então a ser o criador das leis e não mais um mero interprete de normas advindas de uma espécie de força natural suprema.

Foi nesse contexto que surgiu a teoria do contrato social como legitimador das normas legais, superando uma concepção de estado natural para a criação de um estado jurídico onde, todos os cidadãos deveriam abrir mão de uma parcela de suas liberdades para o convívio harmônico em sociedade.

O Direito Penal moderno de Hassemer apresenta como sua principal nocividade a desnaturação das finalidades originarias de um direito penal clássico, democrático e libertário.

Atualmente o direito penal brasileiro segue uma lógica perigosa de urgências penais, de tempos em tempos se elege um inimigo a ser combatido e aniquilado, fazendo com que o poder punitivo seja invocado como “prima-arma” de combate, nesse contexto, procuraremos discorrer brevemente acerca do papel da mídia que por vezes cria uma sensação de caos e pânico na sociedade acarretando uma espécie de legitimação ao endurecimento do poder punitivo.

O direito penal então passa a ser visto como um placebo para todas as mazelas da sociedade, busca-se por meio da pena alcançar inúmeros fins políticos estranhos ao real objetivo do direito penal que é, justamente, o de assegurar as liberdades. A população é levada a crer que o simples endurecimento de penas, sem nenhuma outra medida, é capaz de reduzir magicamente os problemas da criminalidade;

Com essa carga de objetivos alienígenas ao direito penal, este se demonstra cada vez mais ineficaz, ele não é capaz de alcançar tantos objetivos, tantas esperanças de resolução de problemas, acarretando uma perda de legitimidade do direito penal, bem como a fomentação ainda maior da seletividade.

Esta tendência do moderno direito penal, que busca como principal (ou até único) objetivo a prevenção, gera a perda de direitos de defesa, tanto nos âmbitos processuais quanto materiais, certos princípios passam a ser vistos como um obstáculo para se alcançar objetivos de prevenção, começa-se então a relativizar cada vez mais direitos fundamentais.

Ademais, o presente artigo buscará embasamento em uma série de conteúdos bibliográficos para discorrer acerca do tema proposto, fazendo as devidas reflexões críticas no decorrer do texto, configurando-se em uma pesquisa de metodologia bibliográfica qualitativa.

1. DIREITO PENAL MODERNO: CONCEITO E CARACTERISTICAS

O idealismo alemão significou uma superação do direito natural clássico com a ordenação lógica dos direitos e deveres dos homens, nesse sentido ocorreu a disseminação do conceito de contrato social onde o legislador deixou de ser visto como um mero interprete da lei e passou a ser seu criador, nesse diapasão, as liberdades deveriam ser asseguradas na medida do pactuado entre os cidadãos, florescendo daí as ideais do direito penal clássico que tem como principal objetivo, justamente, definir e manter os níveis de liberdade pactuados, tanto no âmbito horizontal, delimitando até onde uma conduta fere um bem jurídico de outrem, quanto no âmbito vertical, definindo bem os limites de atuação e repressão estatal nos moldes das normas penais vigentes.

Portanto, o contrato social adotado como fundamento para o direito e como parâmetro para sua legitimação surgiu com o chamado direito penal clássico, rompendo com o conceito de direito natural. A concepção de contrato social como legitimação do direito transformou o estado natural em estado jurídico, onde o cidadão renunciaria de uma parcela de sua liberdade natural para harmonizar sua convivência com os demais cidadãos que, igualmente, renunciaram de uma parcela de suas liberdades. No plano horizontal, o contrato social significa um acordo entre os cidadãos em um ordenamento jurídico vinculante a todos, já no plano vertical, o contrato social tem de ser garantido institucionalmente, através da ação de autoridades responsáveis pela vigília e manutenção das cláusulas contratuais.

Nesse contexto, a concepção clássica do direito penal reconhece que ele é um meio violento de repressão, no entanto, também seria um instrumento de garantia da liberdade e cidadania indispensável para assegurar a convivência harmônica da sociedade, sendo a *ultima ratio* para solucionar os problemas sociais e não uma panaceia para todos os males existente.

Nesse entendimento, o direito penal clássico se desenvolve da morte do direito natural (...) Também o contrato social não é um acontecimento real na época e podendo, talvez, ter ocorrido realmente em partes e de forma exemplar, ele é muito mais a condição das possibilidades do direito após o fim do direito natural. Nele renunciam aqueles que têm de viver socialmente uns com os outros e, reciprocamente renunciam a uma parte de sua liberdade natural e alcançam, com isso, uma garantia de liberdade para todos. O direito penal recebe a sua função, igualmente, como meio de estabilização dos acordos decorrentes do contrato social; ele é o direito da violação da liberdade e de suas consequências. (HASSEMER, 2007, p. 192).

O moderno direito penal surge com o rompimento desta tradição clássica, de tal modo que o direito penal passa a ser orientado por ideias de prevenção, de cunho eminentemente utilitarista, o estado deixa de ser visto como o leviatã, que deve sofrer restrições afim de evitar violações, e todas as esperanças para a solução de uma gama interminável de problemas, passam a ser despejados no direito penal, o direito penal passa a ser uma *soft law* deixando de ser a *ultima ratio*, fazendo com que as autoridades cada vez mais lancem mão do poder punitivo, justificando essa prática com uma série de “boas” finalidades.

As principais características desse direito penal moderno são: A proteção de bens jurídicos, a ideia de prevenção e a orientação das consequências.

A proteção de bens jurídicos se transmuta em um verdadeiro conceito positivo de incriminação, o direito penal moderno transforma o sentido clássico de um direito penal baseado na proteção de bens jurídicos em um fomento para a criação cada vez maior de tipos penais baseados na proteção de bens jurídicos cada vez mais abstratos e na criação de crimes de perigo. O que antes funcionava como um crivo para o legislador passa a ser um mandado de incriminação cada vez maior.

A proteção do bem jurídico torna-se, no direito penal moderno, de um conceito negativo para um conceito positivo da incriminação. O que foi formulado classicamente como crítica ao legislador, o qual não poderia se reportar à proteção de um bem jurídico, torna-se, a partir de agora, em um apelo a ele, legislador, para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento. Com isso, o princípio da proteção do bem jurídico se modifica totalmente. (HASSEMER, 2007, p. 194).

Portanto, a ideia de bem jurídico passa por uma deturpação de função, e cada vez mais o direito penal se lança com a justificativa de proteção de bens jurídicos, o problema é que tal uso é feito de maneira inconsequente, fechando os olhos inclusive para a crítica criminológica que aponta, desde muito, que os custos do direito penal não são capazes de fazer frente aos eventuais ganhos, ignorando a própria seletividade do poder punitivo, sendo que ao final, direitos fundamentais dos mais vulneráveis é que são sacrificados em nome de uma suposta proteção geral de bens jurídicos. Na prática, os supostos ônus e bônus da implementação do estado policialesco não são divididos de maneira democrática.

O direito penal moderno é orquestrado por uma lógica predominantemente utilitarista, onde os fins paulatinamente justificam os meios, nesse contexto a prevenção passa a ser a principal finalidade do direito penal, deixando de ser uma consequência quista da aplicação das penas, como antes era no direito penal clássico, para se transformar em protagonista dos objetivos da pena.

A prevenção que, no direito penal clássico, era de qualquer forma um objetivo bem delimitado da justiça penal, tornasse um paradigma penal dominante (...)

o direito penal moderno é quase que praticamente dominado por interesses preventivos: o aumento dos limites máximos e mínimos da pena, o aumento dramático das medidas coativas no processo de investigação, a introdução de uma “testemunha principal”, das novas e indomáveis “penas pecuniárias”, etc; o objetivo aparenta crescentemente justificar os meios. (HASSEMER, 2007. P. 195).

Assim, a prevenção ganha o protagonismo do exercício do poder punitivo, tudo gira em torno de uma suposta finalidade preventiva, tal mudança de paradigma acarreta uma série de consequências, dentre as principais podemos citar a perda da proporcionalidade entre a conduta e a resposta punitiva, o objetivo da pena deixa de ser a retribuição a uma conduta delituosa na medida de sua culpabilidade, para se transformar em uma espécie de intimidação voltada à população em geral (isso não levando em consideração a seletividade que apontaria os verdadeiros destinatários dessa intimidação), assim, pouco importa se a pena é desproporcional ao delito praticado, contanto que, com aquela pena, se consiga dar um recado de medo para que os criminosos em potencial sejam desestimulados a praticar o mesmo delito.

Já orientação pelas consequências imprime que o direito penal deve buscar uma série de finalidades políticas, que no direito penal clássico eram estranhas as suas finalidades ou, no mínimo, não faziam parte de suas prioridades. É uma espécie de prevenção geral positiva, de caráter educativo ao povo, que passará a enxergar como valorosas uma série de questões por conta da atuação do direito penal, sem se questionar se este é o meio correto ou justo para tal.

Um indicador de desenvolvimento de tal natureza são, por exemplo, as exigências atuais (exemplificativamente no campo do meio ambiente e na questão feminina quanto à luta contra a discriminação) de se aplicar o direito penal como instrumento pedagógico do povo para “sensibilizar” as pessoas. Aqui não mais é destacado se a utilização de medidas penais seriam “adequadas” ou até mesmo “justas” – contanto que o objetivo possa ser alcançado, de se chamar atenção da população, pela propaganda, de que se deve proscrever a violência contra mulheres. Também a tendência crescente de não se aplicar o direito penal como *ultima ratio*, mas, sim, como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas da sociedade é, nesse contexto, um exemplo apropriado de uma excrecência com relação à orientação das consequências. (HASSEMER, 2007, p. 196).

Nesse contexto o direito penal é utilizado como uma espécie de instrumento educativo de conscientização, podendo ser usado para abarcar os temas mais variados como, meio ambiente, corrupção, homofobia, entre outros. Para chamar a atenção da importância de um tema usa-se do poder punitivo, em detrimento de meios possivelmente mais eficazes e certamente menos dolorosos, como a educação.

Tudo isso se traduz na chamada “dialética da modernidade”, salientando que o direito penal passa a ser um instrumento de solução de inúmeros conflitos e problemas sociais, sem que seja dado a devida atenção às mazelas do direito penal, bem como desconsiderando seu caráter de *ultima ratio*.

O Direito Penal então passa a cumprir um papel muito mais simbólico, e de expectativas de soluções de problemas, bem como seus fins preventivistas passam a ser usados como uma espécie de fonte ilimitada de legitimação, seus fins e boas intenções sempre justificam seus meios e danos.

Vale ressaltar que estamos trabalhando com os fins declarados e oficiais do poder punitivo, para muito antes das reflexões críticas acerca de seus fins não declarados (de exclusão social, verticalização de poder, massacre, etc), no entanto, apesar de menos duras e téticas, as críticas aos fins oficiais da pena devem continuar a ser feitas, a resistência e a crítica têm de se manterem vivas em todos os níveis, principalmente pelo fato de que os fins preventivos do direito penal, são, atualmente, sua principal fonte de legitimação frente a sociedade, sobretudo pela grande atuação da grande mídia sensacionalista em propagar o medo e chamar o direito penal como herói capaz de proteger o “cidadão de bem”.

Quero dizer que os discursos legitimadores do poder punitivo da Idade Média estão plenamente vigentes até o ponto de que a criminologia nasceu como saber autônomo no final do período medieval e fixou uma estrutura que permanece quase inalterada e reaparece a cada vez que o poder punitivo quer se libertar de todo e qualquer limite e desembocar em um massacre. (ZAFFARONI, 2013)

2. A MÍDIA E O MEDO: Construindo uma legitimação baseada no caos.

Como já dito anteriormente, o direito penal moderno tem como uma de suas principais características ser voltado para finalidades de prevenção, bem como ser guiado por consequências.

O Direito Penal passa a ser visto como uma fonte inesgotável de expectativas e de segurança, como se o poder punitivo tivesse a capacidade proteger todos os ditos “cidadãos de bem”, o direito penal então passa a ter como fonte de boa parte de sua legitimidade nessa função de proteção, vender segurança a uma sociedade que tem medo.

No entanto, para um Direito Penal florescer baseado em uma prevenção deve-se ter algo a prevenir, não? É nesse contexto que a grande mídia entra como fonte criminalizadora e principal construtora desse terreno fértil para a prevenção/repressão criminal.

Instaura-se, assim, uma verdadeira lógica de emergência. De um lado, a criminalidade que se apresenta como permanente ameaça, e de outro, a demanda por segurança, alimentada pela crença de que é possível alcançá-la de forma plena e absoluta. Assim, vale tudo para conter os riscos da criminalidade: aumento de penas, criação de tipos penais, recrudescimento de regimes, flexibilização de garantias, encarceramento a todo custo. (GOMES, 2014, p. 76).

Todos os dias somos bombardeados por uma série de notícias relacionadas à crimes bárbaros, sob a alcunha de jornalismo verdade, nossas casas são invadidas com todo o tipo de

crime, sobretudo daqueles mais bizarros e chocantes, somos levados a crer que tais atos são a regra, que vivemos em meio ao caos e que seremos os próximos se nada for feito, é justamente aí que o apresentador, com ares de especialista, passa a esbravejar e apontar a solução “isso acontece porque as nossas leis são fracas!”, “se a pena fosse maior o vagabundo pensava duas vezes!”.

Seja na televisão, no rádio, em revistas ou jornais, há sempre a voz do justiceiro que, enquanto noticia um fato, aponta para o criminoso como um inimigo, conclama justiça e propõe toda a sorte de mudanças. Diz-se que as leis são brandas, que há impunidade, que a polícia é corrupta e que se vivem tempos sombrios. (GOMES, 2014, p. 770.)

Esse jornalismo “verdade” além de ser altamente rentável pois, violência vende e fascina, cumpre um importante papel na implementação e legitimação do sistema punitivo estatal, vende-se a ideia de que precisamos de mais intervenção e de menos liberdade, no entanto nada se fala sobre as perdas que teremos, nada se fala sobre as conclusões da criminologia que há muito denuncia que o simples endurecimento das penas em nada contribui para o controle da criminalidade.

Esses discursos legitimadores da intervenção penal ignoram a latência de um sistema que é manifestamente desigual e seletivo e que pouco ou nada tem a contribuir para a redução da criminalidade (...) os meios de comunicação, ao atuarem nesse processo de legitimação discursiva da ampliação da tutela penal do estado, pela via do fomento a uma cultura do medo e da emergência por respostas punitivas, funcionam como uma espécie de cabos eleitorais do direito penal. Propagandeam o fim da criminalidade, prometem certezas – e quem não embarca nessas promessas, quando se vive em um mar de incertezas? – transformam a intervenção penal em uma tábua de salvação. Enfim. (GOMES, 2014, p. 84).

Não se busca nenhuma reflexão se estamos realmente dispostos a abrir mão de uma série de direitos fundamentais e prol de uma paz, afinal, qual a paz que queremos conservar para tentar ser feliz? Sem perceber vamos a cada dia legitimando um autoritarismo estatal, perdermos valores democráticos e libertários caros e valiosos, talvez seja tarde quando nos dermos conta disso.

As vozes da academia são caladas e até, de certa forma, ridicularizadas, em detrimento de um discurso cool autoritário e sem embasamento, qualquer um que não abrace essas teses de endurecimento penal são marginalizados, qualquer discurso de mesa de bar é mais autorizado do que um discurso crítico criminológico.

Poucos de animam a contradizer a publicidade cool do discurso único e, por conseguinte, seu autoritarismo tem enorme magnitude. Não se trata do Estado autoritário que controla e censura meios de comunicação, mas sim que a comunicação, convertida em publicidade em busca de rating, tornou-se autista e impõe um discurso que nem mesmo o Estado está autorizado a contradizer, porque seu único inimigo fixo é quem desprestigia a repressão, que é seu

produto. Como toda publicidade, não reconhece outro inimigo senão aquele que nega as qualidades do produto que promove. (ZAFFARONI, 2014, p. 78)

Nesse contexto, nem mesmo os legisladores estão autorizados a se desgarrar desse discurso autoritário de endurecimento penal, qualquer político com ideias mais progressista e libertarias acabam por sofrer as consequências de sua ousadia, bem como são recorrentes casos em que juízes, promotores, delegados, entre outros, sofrem perseguições e escárnios públicos por agir de maneira mais democrática e menos repressora, se dizer garantista é sinônimo de confessar possuir uma moléstia grave e contagiosa, sendo que na maioria das vezes os críticos sequer leram uma linha sobre garantismo e, não poucas vezes, confundem tal teoria com uma espécie de abolicionismo penal.

Esse discurso se impõe aos Estados porque exige a alienação dos políticos, que devem optar entre aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se cool) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra antiquado e impopular, ou seja, não cool.

Nesta conjuntura, os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal cool, sem contar muitos outros folclorismos penais, como pretender condenar, por favorecimento, parentes de vítimas de sequestro que não denunciem ou que paguem o resgate exigido. (ZAFFARONI, 2014, p. 78, 79).

3. SINAIS DA MODERNIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O direito penal moderno, movido pela prevenção e pelas consequências, é uma tendência que pode ser observada, paulatinamente, em nosso ordenamento jurídico, bem como no modo de agir de nossas instituições. Sistemáticamente movidas por um sentimento de prevenção e por uma lógica maniqueísta e bélica, percebemos um endurecimento na legislação criminal e a flexibilização de certos princípios e garantias constitucionais, sempre em busca de uma utilidade maior, de proteção e de inúmeras outras funções utilitaristas.

Passaremos a discorrer brevemente sobre alguns casos que demonstram essa tendência de modernidade, bem como faremos algumas reflexões críticas sobre elas.

3. 1 Hedionização de tipos penais

Atualmente podemos verificar em nosso ordenamento jurídico um fenômeno que podemos chamar de “hedionização” de tipos penais, que consiste em uma tendência em se transformar cada vez mais tipos penais que, antes eram considerados crimes comuns, em crimes hediondos.

A Constituição de 1988 foi a primeira desde a autonomia política brasileira a se preocupar com a estratificação de crimes criando dois grandes polos de criminalização: os crimes hediondos e as infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo que os primeiros guardam uma particularidade mordaz: a de estarem inseridos na contexto do art. 5º, cuja razão de ser é frontalmente oposta à da essência da lei aludida. Sua ubiquação vai revelar a adoção (in)consciente do constituinte da época com a política criminal denominada *law and order* privilegiando o sistema penal repressivo, simbólico, promocional como supostamente desejado pela sociedade. (CHOUKR, 2015).

Geralmente esse fenômeno ocorre movido pela opinião pública em contextos e casos pontuais, e tem como um fim principal o exercício do chamado direito penal simbólico, acredita-se que, com o simples fato de se transformar um tipo penal em crime hediondo, aquele bem jurídico tutelado ou aquela situação ganharia a qualidade de “coisa importante” que os olhos da sociedade passam a enxergar tal bem como valoroso, fazendo com que o direito penal seja um instrumento de uma espécie de conscientização social.

Os exemplos são inúmeros, primeiramente podemos citar o fato de que o homicídio qualificado apenas passou a configurar crime hediondo após a morte de uma atriz famosa, mais recentemente podemos citar a criação do feminicídio, e do homicídio contra agente de segurança pública. Sendo que nesses últimos casos, a prática nos ensina que, em regra, tais homicídios já se encaixavam em alguma qualificadora e, portanto, já eram hediondos.

A cronologia da hediondez identifica na Lei nº 8.072/90 sua primeira versão sendo acrescida, em 1994, pela Lei nº 8.930, de 6 de setembro daquele ano que agregou à lista o homicídio praticado por grupo de extermínio, ainda que cometido por uma só pessoa, e todas as formas de homicídio qualificado e, encerrando aquele primeiro “ciclo”, a edição da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998 que, no art. 1º, determina ser crime hediondo a “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais” (...) Aquilo que foi acima denominado de “primeiro ciclo” legislativo vem agora repetido com a sucessão de leis que expandem o conceito de hediondez. Em primeiro plano a Lei 13.104/15 que cria o crime de feminicídio (contra a mulher por razões da condição de sexo feminino) e a Lei 13.142, de 06 de julho de 2015 que agora prevê como hediondo o crime praticado contra “contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição”. É nesse cenário que entra em vigor o novo ciclo de expansão do conceito de hediondez penal. (CHOUKR, 2015)

O direito penal movido pelas consequências, passa a ser utilizado como resposta para uma série de objetivos, com o intuito de servir como símbolo, desconsiderando qualquer outra discussão acerca da proporcionalidade ou justiça de certa medida, bem como fechando os olhos para a seletividade e a incapacidade do direito penal em de fato resolver o problema.

A pauta de transformação de crimes em hediondos só aumenta, corrupção parece ser a “bola da vez”, principalmente com as propostas trazidas pelas “dez medidas (desmedidas) contra a corrupção”, encabeçada pelo Ministério Público Federal.

3.2 Crimes de perigo abstrato

Como já afirmado anteriormente, o direito penal moderno, prescinde do significado de bem jurídico como um limite a incriminação, ele é movido pela prevenção de riscos e pelo medo, este é um terreno fértil para o surgimento dos crimes de perigo abstrato, afinal o poder punitivo não admite limites, qualquer conceito que antes era utilizado como forma de limitação de poder passa a ser utilizado como um bônus, como um mandado de incriminação.

Temos alguns exemplos na legislação pátria, como o crime de embriaguez ao volante, é cediço o entendimento pelos tribunais superiores que se trata de um crime de perigo abstrato, que os bens jurídicos tutelados não precisam ter passado pelo menor risco concreto com a conduta delituosa, restando apenas a necessidade em se provar a embriaguez e a condução.

Na busca frenética pela prevenção, o legislador comete inúmeras ambiguidades, como por exemplo, o crime de embriaguez ao volante possui como pena máxima 4 anos, enquanto o crime de lesão corporal culposa no trânsito possui pena máxima de 3 anos. Assim, um crime de dano tem uma pena menor do que o crime de perigo abstrato cuja existência se justifica, precisamente, em evitar a ocorrência do primeiro. Estuda-se ainda aumentar ainda mais a pena da embriaguez ao volante, visto que, como já era esperado, o simples endurecimento da pena não trouxe os resultados esperados. Iremos aumentar essa pena até onde? Parecem não existir quaisquer limites quando o direito penal se move por puro utilitarismo.

O legislador demonstra assim estar perdido, a criminalização não atende a qualquer teoria, a qualquer pensamento lógico, apenas as condutas a serem criminalizadas são eleitas de acordo com a “moda” do momento, afinal ser cool rende muitos votos, não?

O judiciário que, apesar de não ser eleito e, em tese, não precisar corresponder a uma opinião pública, também se demonstra subjugado aos interesses do direito penal moderno, assim, não são poucas as vezes em que as decisões tomam um caráter policialesco, esquecendo a principal função do Direito Penal, garantir as liberdades.

3.3 Relativização da presunção de inocência

Sem dúvida um dos mais duros golpes a um direito fundamental na atualidade, em julgamento ocorrido em 17 de fevereiro de 2016 no HC 126292, o Supremo Tribunal Federal, considerou que as penas podem começar a serem cumpridas com a condenação em segunda instância, relativizando e sepultando a letra da própria Constituição Federal que salienta no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Tal entendimento, que inclusive contraria entendimento anterior da mesma corte, representando, caricatamente, o direito penal moderno, onde a desnaturação de suas funções de contenção do poder punitivo, cedem frente a objetivos e finalidades estranhas a sua natureza, nossa Suprema Corte simplesmente mudou de entendimento, demonstrando que as amarradas principiológicas que visam barrar o autoritarismo penal não passam de mera questão de opinião, o que realmente importa, ao final é responder aos clamores de uma demanda penal, de uma funcionalidade que muda de acordo com a época.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção de inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2016)

Vivemos atormentados por um medo que nos assola diariamente e é propagado pelos meios de comunicação que, movidos por objetivos obscuros, direciona a opinião pública no sentido de legitimar o autoritarismo e pedir cada vez mais intervenção, sem trazer à tona uma serie de reflexões: será isso que precisamos, de mais punição? De mais do mesmo?

Esses discursos legitimadores da intervenção penal ignoram a latência de um sistema que é manifestamente desigual e seletivo e que pouco ou nada tem a contribuir para a redução da criminalidade (...) os meios de comunicação, ao atuarem nesse processo de legitimação discursiva da ampliação da tutela penal do estado, pela via do fomento a uma cultura do medo e da emergência por respostas punitivas, funcionam como uma espécie de cabos eleitorais do direito penal. Propagandeam o fim da criminalidade, prometem certezas – e quem não embarca nessas promessas, quando se vive em um mar de incertezas? – transformam a intervenção penal em uma tábua de salvação. Enfim. (GOMES, 2014, p. 84).

A opinião pública, muita das vezes manipulada, acaba por constranger as entidades para que legislem ou julguem de certo modo, quem não se encaixa nesses clamores corre grande risco de perseguição, então foi assim que o Supremo Tribunal Federal, cedeu a esses clamores e sepultou um caro princípio constitucional, nas próprias palavras do ministro relator Teoria Zavascki, “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função

jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”. O canto das sereias pode ecoar, não temos mais amarras e o fundo nos aguarda.

3.4 A incomunicabilidade é instituída via decreto

Eis que estou escrevendo este pequeno artigo, quando me deparo com mais um exemplo que não poderia ficar de fora da coletânea, mais um direito fundamental é relativizado, desta vez não pela Suprema Corte, mas sim via decreto. Definitivamente o massacre aos direitos fundamentais, perpetrado pelas instâncias de controle e do poder punitivo, parecem ter perdido todos os pudores possíveis.

O Brasil, cedendo a pressões inclusive internacionais, e acabou por promulgar a lei antiterrorismo, a novidade legislativa carrega consigo de tudo um pouco, é recheada de questões vagas, bem como criminaliza até mesmo atos preparatórios.

No que pese todos os alertas feitos por juristas comprometidos com o Estado democrático de direito – por todos Juarez Tavares – a melhor doutrina e toda a história sobre “terrorismo”, o Brasil se curvou diante das exigências do Gafi (Grupo de Ação financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo). O organismo intergovernamental foi um dos organismos que mais pressionaram o País para a aprovação da atual lei antiterrorismo. E, desgraçadamente, em nome da subserviência e de interesses ocultos, o Brasil caminha a passos largos para se tornar, no campo legislativo, um Estado penal dominado pelo autoritarismo e alavancado pelo populismo penal. A lei antiterrorismo – como é chamada Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 – viola princípios elementares da Constituição da República, do direito penal minimamente comprometido com o respeito à dignidade da pessoa humana e do processo penal democrático. Trata-se de lei vaga, aberta e imprecisa – própria dos regimes fascistas – violadora da legalidade estrita e da taxatividade – à exigência de que as leis penais devem ser claras, certas (*lex certa*) e precisas. A lei, absurdamente, prevê a punição para os chamados atos preparatórios o que representa uma indescritível afronta ao princípio da lesividade. (Yarochewsky, 2016)

Com a proximidade dos jogos olímpicos no Brasil, foi instituída uma portaria de teor surpreendente, que institui e regula uma espécie de incomunicabilidade de presos. A Portaria nº. 4, de 28 de junho de 2016, da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal versa sobre as “regras para o atendimento de advogados aos presos custodiados nas penitenciárias federais”. Deste modo, os presos no sistema penitenciário federal só poderão receber a visita de advogados uma vez por semana, apenas nas segundas, terças e sextas-feiras, por um período máximo de uma hora.

Tal portaria foi utilizada para impedir que advogados de um grupo de pessoas suspeitas de preparar supostos atos de terrorismo vissem seus constituintes, inclusive impedindo que

assinassem procuração, configurando uma afronta aos direitos de defesa e ao Estado Democrático de Direito.

A situação é tão absurda que a referida portaria passa por cima de legislação federal, na figura do Estatuto da OAB, bem como sepulta a própria Constituição, que não permite a incomunicabilidade de presos, sendo-lhes garantida a assistência de defensor.

Mais uma vez, somos brindados com uma amostra de um Direito Penal autoritário e que se move segundo logicas de prevenção, é quase um Minority Report, autorizamos violações a direitos e garantias em troca de uma espécie de paz e segurança, damos verdadeiros passos para trás e buscamos nos valer de uma espécie de futurologia para identificar riscos e neutraliza-los, e quem disse que viver não é, naturalmente, arriscado?

3.5 Dez medidas contra a corrupção

Caminhando para o final desse artigo, não poderia ficar a salvo de algumas considerações a proposta de alterações legislativas e constitucionais, encabeçadas pelo Ministério Público Federal, as ditas Dez medidas (desmedidas) contra a corrupção.

Primeiramente, as medidas são disfarçadas de iniciativa popular, sendo que o MPF valeu-se de uma verdadeira campanha ostensiva de colheita de assinatura para seu projeto pré-pronto, ou seja, apenas buscou-se as assinaturas de um projeto que na verdade foi feito pela instituição e não pela população.

Ao final, a legitimação veio a posterior, valendo-se dos mesmos discursos de emergência e de necessidade de punição já conhecidos, velhos e mofados, sem a necessária reflexão dos custos que tais medidas podem acarretar para as pessoas que são de fato flageladas pela questão criminal.

Desde a inquisição até hoje os discursos foram se sucedendo com idêntica estrutura: alega-se uma emergência, como uma ameaça extraordinária que coloca em risco a humanidade, quase toda a humanidade, a nação, o mundo ocidental etc., e o medo da emergência é usado para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo que se apresenta como a única solução para neutralizá-lo. Opor ou objetar a esse poder é também um inimigo, um cúmplice ou um idiota útil. Por conseguinte, vende-se como necessária não somente a eliminação da ameaça, mas também a de todos os que objetam ou obstaculizam o poder punitivo, em sua pretensa tarefa salvadora. (ZAFFARONI, 2013).

Em continuidade e sem enumerar, é de causar certo temor aos que ainda acreditam no em um Direito Penal libertário, como este autor, que uma instituição que tem como função ser fiscal da lei, justamente pedir para não ter de cumprir a Constituição. Isso mesmo, vejamos.

Em sua medida de número 7, o MPF pede para que seja alterada as condições de utilização de provas ilícitas, importando direito norte-americano uma espécie de flexibilização de utilização de provas ilícitas.

Dentre as novas hipóteses de utilização de provas ilícitas a que mais chamou a atenção, devido a sua notória fragilidade em conceituar, é o aproveitamento de prova ilícita que tenha sido colhida de boa-fé por autoridade ou por cidadão, não consigo imaginar como seria medida essa boa-fé no caso concreto, sendo que ao final, abriremos apenas mais uma porta para o decisionismo e para malabarismo hermenêuticos, sendo muito difícil de mensurar essa boa-fé.

Notadamente a Constituição Federal veda a utilização de provas ilícitas, lá em seu artigo 5º que trata de Direitos e Garantias Constitucionais, assim, o MPF pede para que tal garantia seja sepultada em função de um combate a corrupção, baseado na fragilíssima análise de boa-fé de quem colheu tais provas ilícitas. Outras tantas são as hipóteses que as tais medidas pedem para ser relativizada a vedação das provas ilícitas que ao final, penso que deveria então ser liberada o uso total daquelas, não?

Em sua sanha por punição e vestido com uma espécie de armadura da justiça, o MPF também pede em uma de suas medidas que seja instituída legalmente, o cumprimento provisório das penas.

Isso está previsto lá em sua medida de número 4, junto com uma série de mudanças que segundo o Ministério Público ajudarão a acabar com a impunidade, eles só não avisam que juntamente com isso serão sepultados direitos de defesa e a presunção de inocência, quem milita na área criminal, sabe que, devido ao decisionismo, muita das vezes as esperanças estão justamente voltadas aos Tribunais Superiores e, caso essa medida de seja aprovada, não restaram mais nenhum constrangimento para a decretação da prisão com uma condenação de segundo grau, mais uma vez, a instituição que tem o papel de *custos legis*, pede para deformar a Constituição, para que não tenha que cumpri-la e guarda a lei.

A lei e a Constituição que se moldem às Instituições, o contrário é impensável, é conversa de “garantista”.

CONCLUSÃO

Buscamos com o presente artigo, primeiramente, explicar no que consiste o chamado Direito Penal Moderno, salientado suas características principais e quais os custos que ele pode trazer para a sociedade, tentamos deixar claro que um direito penal como aquele, que leva as últimas consequências a prevenção e o exercício conforme consequências, acaba sendo incompatível com um Direito Penal Libertário e Democrático, que está preocupado na

resolução de problemas e na manutenção de liberdades, tento como papel justamente o de garantir Direitos e de ser uma contenção ao poder punitivo estatal.

O Brasil tem seguido justamente uma lógica de Direito Penal Moderno, buscando com o recrudescimento de penas alcançar uma prevenção à criminalidade futura, o direito penal deixa de voltar seus olhos para o passado, de tentar dar uma resposta ao fato praticado e passou a se preocupar com o futuro, com a quantidade de intimidação que a sanção penal irá gerar, perdendo assim, proporcionalidade entre lesão e delito, bem como, demonstrando sua total incapacidade de impedir novos crimes e de cumprir papéis estranhos que recaem as suas costas, o direito penal vai perdendo sua legitimidade.

Afirmamos que a mídia tem um enorme papel no fomento dessa lógica de prevenção, vende-se medo todos os dias na televisão, somos bombardeados por emergências penais e a opinião pública é levada a acreditar a que o Direito Penal poderá salvar todos de um fim cruel.

A utilização do Direito Penal tem se demonstrado muito generosa, e sempre pronta para ser utilizada por quem quer que esteja no poder, basta que se declare os inimigos a serem combatidos, surgindo daí pautas de criminalização tanto da direita quanto da esquerda.

Nesse contexto, o Estado vira policialesco e as instituições vestem suas roupas bélicas, e passam a tratar Direitos e Garantias Constitucionais como óbices ao exercício do poder punitivo, tudo isso devidamente legitimado e orquestrado, ganhando pinturas de luta do bem contra o mal.

Vimos que as tendências do moderno são de todos os lados, desde projetos que visam o aumento de pena e de criação de tipos, até atuações do próprio judiciário que, pressionado pela opinião pública, acaba por se embeberar da mesma fonte e passa a trabalhar para que o direito penal a cada dia ganhe mais força.

Nesse contexto, em que o Direito Penal se torna em uma carta de boas intenções, de proteção e não mais de repressão, direitos fundamentais são perdidos, e qualquer obstáculo que se ponha entre o estado e a aplicação da pena passa a ser visto como maléfico, como inimigo dos cidadãos de bem.

Os Direitos Fundamentais concebidos em uma lógica de contrato social servem para assegurar as liberdades de todos, seja no âmbito horizontal, seja no vertical.

Ocorre que, no contexto do direito penal moderno, direitos fundamentais que deveriam, justamente, cumprir o seu papel de evitar abusos, passam a ser utilizados como uma espécie de mandados de criminalização e de recrudescimento penal, direitos fundamentais acabam sendo usados para justificar a atuação penal, deixando de lado suas funções de proteção contra majoritárias.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais começam a ceder mediante uma lógica de emergências de proteção e prevenção, no entanto, falta racionalidade nessa relação, visto crescente relativização e supressão de direitos, justamente com o objetivo oficial de “resguardar direitos”, ao final, nos resta a reflexão, se o Direito Penal para crescer se alimenta de Direitos Fundamentais, quem irá sofrer com tudo isso? A criminologia crítica e sua seletividade pode responder essa pergunta.

REFERÊNCIAS

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A expansão (in)controlada do conceito de hediondez no sistema penal.** Disponível em: <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-expansao-incontrolada-do-conceito-de-hediondez-no-sistema-penal/> >. Acesso em: 29/07/2016.

GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord); Albuquerque, Fernando da Silva. Mídia, medo e expansão punitiva, in: Pinho, Ana Cláudia Bastos; Deluchey, Jean-François; Gomes, Marcus Alan de Melo. **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Uma porra-louquice ou o terror de uma lei.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/uma-porra-louquice/>>. Acesso em: 29/07/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **A questão criminal.** 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.