XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

DANI RUDNICKI

JULIO CESAR ROSSI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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

C929
Criminologias e política criminal III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Dani Rudnicki, Julio Cesar Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-293-4
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. Criminologias. 3. Política Criminal.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

Apresentação

O Grupo de Trabalho Criminologia e Política Criminal III reuniu-se, no dia 9 de dezembro, sob nossa coordenação. O GT foi um dos vários realizados no âmbito do XXXV Congresso do CONPEDI, realizado no Unicuritiba entre os dias 7 a 10 de dezembro de 2016. Na ocasião, foram expostos dezenove artigos científicos.

Os trabalhos versaram sobre temas relevantes e atuais da referida área do conhecimento, tais como terrorismo, ondas punitivas, atos infracionais, drogas, violência doméstica, sistema penal, dinâmica legislativa, fundamentos éticos da punição, pena de morte, encarceramento, contraditório no inquérito policial.

Trabalhos com profunda investigação empírica, doutrinária e jurisprudencial, revelam a importância e imprescindibilidade do estudo em nível de Pós-Graduação no Brasil e contribuirão com o desenvolvimento do pensamento científico na área do Direito.

Dentro do espírito científico proposto pelo CONPEDI, a discussão apontou para a necessidade de reflexão sobre o papel desempenhado pelo sistema penal nas sociedades contemporâneas. Assim, com base nas teorias críticas surgiram ideias para propor instituições e legislação comprometidas com valores democráticos.

Parabéns ao CONPEDI e ao Unicuritiba por receberem estudos acadêmicos tão bem elaborados, sobre temas contemporâneos que merecem toda a reflexão da comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UniRitter

Prof. Dr. Júlio César Rossi – São Paulo/Brasília

CRIMINALIZAÇÃO COMO MEIO DE INCLUSÃO: A UTILIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL COMO ÁLIBI PARA A INÉRCIA ESTATAL

CRIMINALIZATION AS MEANS FOR INCLUSION: THE USE OF THE PENAL SYSTEM AS AN ALIBI FOR THE STATE'S INERTIA

Natália Lucero Frias Tavares [1]
Antonio Eduardo Ramires Santoro

Resumo

O presente estudo analisará a banalização do Direito Penal que decorre da ampliação de seu âmbito de atuação (tutela de bens jurídicos de menor relevância, ativismo legislativo e judicial, etc). A seletividade – antes utilizada como argumento contrário ao uso do sistema penal como ferramenta de controle social – agora serve de justificativa para o recrudescimento da legislação, sob a escusa de conferir maior proteção a grupos minoritários da sociedade, por exemplo. Em lugar de combater as causas destes conflitos sociais, estimulando integração e erradicação de cultura discriminatória, o Estado opta pela adoção de políticas punitivas, desvirtuando seu caráter subsidiário.

Palavras-chave: Direito penal, Criminologia, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This study will focus on the indiscriminate use of the Penal Law that results from the enlargement of its boundaries (protection of rights of lesser value; legislative and juridical activism, etc). The selectiveness – reason why the criminal system was criticized before for being applied as a tool for social control – is now used as a justification for the elaboration of harsher laws supposedly directed to the protection of minorities, for instance. Instead of fighting the causes of the problem, stimulating the integration and eradication of prejudicial culture, the State chooses to implement punitive policies, contradicting its subsidiary role.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Penal law, Criminology, Human rights

[1] Artigo indicado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (Associação Faculdades Católicas Petropolitanas) UCP.

1. Introdução

Em suas primeiras lições sobre Direito Penal, todo estudante da graduação aprende a respeito de seu caráter subsidiário, de *ultima ratio*, voltado para proteção dos bens jurídicos mais essenciais ao ser humano e utilizado apenas quando os demais ramos do Direito se provam incapazes de fornecer adequada tutela.

Contrariando toda a teoria e espinha dorsal que deveria determinar a estrutura e utilização do Direito Penal, ao analisar a atuação dos poderes Legislativo e Judiciário brasileiro pode-se notar uma ampliação sem paralelos da produção e aplicação de leis penais. Novos tipos penais são elaborados e sancionados diuturnamente e a aplicação de penas elevadíssimas tornou-se algo corriqueiro no cotidiano nacional, como facilmente se comprova a partir da análise das cifras do cárcere brasileiro.

A facilidade e frequência com que surgem novos tipos incriminadores coloca em *check* a segurança jurídica e os direitos fundamentais dos cidadãos. Neste ponto, cumpre ressaltar que o aprisionamento não representa apenas uma privação da liberdade ambulatorial do indivíduo encarcerado, mas sim uma violação a sua dignidade face aos graves problemas que acometem o sistema penitenciário nacional.

Mais além, contrariamente ao que estipula o inciso XLV do art. 5º da Constituição da República de 1988 quando consagra o princípio da personalidade da pena, os efeitos do encarceramento não recaem apenas sobre a pessoa do condenado, sendo certo que os membros sociedade como um todo – e os familiares da pessoa encarcerada em especial – têm seus direitos direta ou indiretamente atingidos por este modelo de política criminal. Exemplo claro destas violações de direitos de terceiros são a dificuldade para cadastramento e visitação enfrentados pelos familiares dos internos; o encarceramento de gestantes, que coloca no cárcere também o nascituro, expondo-o a condições insalubres; investimento de dinheiro público na manutenção e construção de presídios em lugar de realocação em setores como saúde e educação; etc.

Frente à proposta temática de "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável", o presente estudo busca trazer à baila discussões a respeito da expansão do sistema penal, caracterizado pela crescente produção de tipos penais incriminadores e recrudescimento das penas já existentes – aliado ao enfraquecimento dos limites à sua aplicação –, apontando os

riscos que esta política criminal representa para o convívio social e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, serão analisados alguns dos argumentos legitimadores das políticas de inclusão de grupos sociais por meio da criminalização de condutas discriminatórias e sua correlação com as características fundamentais do Direito Penal. Posteriormente, questões como a falência do sistema prisional, o ativismo legislativo e a inércia do Estado em implementar políticas públicas para inclusão de minorias e integração cultural serão abordadas com o intuito de viabilizar uma análise mais apurada do objeto delineado.

Na contramão do crescente clamor por políticas criminais mais severas que vem se intensificando em decorrência de ativismos legislativos e judiciais, aliados a uma propaganda punitiva capitaneada pela grande mídia, pretende-se ressaltar a importância da atuação do Estado em outras áreas, como na implementação de projetos e políticas para integração de todos os membros e setores da sociedade, com efetivo combate às causas das mazelas sociais, trazendo um enfoque humanístico ao problema.

2. A vulgarização da edição de leis penais

2.1 A descaracterização do Direito Penal como *ultima ratio*

Antes de abordar a desvirtuação do Direito Penal no cenário nacional, faz-se imperativa uma análise de seus traços principais. Por ferir um dos direitos fundamentais mais caros ao ser humano, a liberdade, a criação e aplicação de normas penais punitivas não pode se operar de maneira leviana ou indiscriminada.

A naturalização da supressão de liberdade sem real necessidade não pode, dentro de um contexto democrático e humanitário, ser tida como fenômeno aceitável, quiçá desejável. Deste modo, atribui-se ao Direito Penal o dever de zelar pela proteção de bens jurídicos de maior importância e, tão somente, quando os demais ramos do Direito se provarem incapazes de cumprir tal tarefa.

Juarez Cirino dos Santos, figura exponencial no estudo crítico das ciências criminais, é muito didático quando trata dos objetivos declarados do discurso jurídico oficial na seara penal:

> *Contudo, a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza subsidiária e fragmentária – e, por isso, diz-se que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em ultima ratio: por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado; por outro lado, proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.*
>
> *A proteção de ultima ratio de bens jurídicos pelo Direito Penal é limitada pelo princípio da proporcionalidade, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas em duas direções: a) primeiro, lesões de bens jurídicos com mínimo desvalor de resultado não devem ser punidas com penas criminais, mas constituir contravenções ou permanecer na área da responsabilidade civil, como pequenos furtos em lojas, indústrias ou empresas em geram; b) segundo, lesões bens jurídicos com máximo desvalor de resultado não podem ser punidas penas criminais absurdas ou cruéis – como ocorre com os chamados crimes hediondos, esse grotesco produto da imaginação punitiva do legislador brasileiro*[1].

Ora, sendo certo que a efetiva aplicação da lei penal implica, em caso de condenação, uma limitação concreta e duradoura à liberdade do condenado, resta evidentemente demonstrada a necessidade de realização de uma "curadoria" adequada no momento de seleção dos bens jurídicos que se fazem merecedores deste tratamento diferenciado, como bem aponta em suas obras o brilhante jurista Juarez Tavares[2].

Em recente curso ministrado na Faculdade de Direito da USP[3], Juarez Tavares falou sobre a surpresa que teve ao ler manuais de Direito Penal e perceber que diversos autores tinham muita facilidade em determinar quais bens jurídicos eram afetados pelos

[1] CIRINO DOS SATNTOS, Juarez. Direito Penal – Parte Geral. 6ª Ed atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 5-6.
[2] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. Ed. Del Rey, 2003.
[3] Jornada de estudos "Direito Penal como crítica da pena" realizada no período de 12 a 16 de setembro de 2016.

comportamentos penalmente tipificados. Tal espanto se deve ao fato de que, para o jurista, muitos dos tipos penais que hoje vigem no Brasil não tutelam bem jurídico penalmente relevante, chegando, por vezes, a não tutelar bem jurídico algum, sendo obras de ficção do Legislativo brasileiro[4].

Autores mais inflamados, como o professor e criminólogo Mauricio Stegemann Dieter[5], tecem duras críticas à criação de tipos penais que não se dirigem a proteção de qualquer bem jurídico (ou os criam como mero recurso retórico para fins de legitimação) ou mesmo que relativizam o conceito de crime ao admitir que pessoas jurídicas respondam por ilícitos penais.

Fato incontestável é que o agigantamento da esfera de aplicação da norma penal traz elevados riscos para a democracia e vida em sociedade. A relativização dos direitos e garantias fundamentais e dos limites ao poder punitivo estatal viabilizam o funcionamento de regimes totalitaristas de exceção, retirando do indivíduo suas armas para fazer frente a possíveis desmandos estatais.

Ainda que não exista nenhum direito absoluto em nosso ordenamento – até mesmo a tutela do direito à vida é relativizada em determinados casos, como estipula o art. 5º, XLVII, "a" da Constituição Federal de 1988 – é inquestionável a importância e relevância do direito à liberdade, nutrindo este uma profunda relação com a própria dignidade da pessoa humana.

Por esta ocasião, cumpre salientar que ao estabelecer a possibilidade de aplicação de pena de prisão, o legislador pátrio autorizou o cerceamento da liberdade ambulatorial da pessoa encarcerada, mas em momento algum lhe retirou sua dignidade humana. Deste modo, é inadmissível que as condições de execução da pena infiram ao condenado sofrimento maior do que aquele autorizado por lei.

2.2 A política por trás das fases da criminalização

[4] Ao se referir ao suposto bem jurídico "moralidade pública", Juarez Tavares mencionou que tanto o crime de contrabando quanto o de favorecimento à prostituição tem por bem jurídico a proteção à moralidade pública a despeito de, entre si, não guardarem qualquer tipo de relação. Depreende-se, portanto, que tal bem jurídico configura uma invenção destinada à validação da criação da norma penal sem, de fato, restar comprovada a relevância e necessidade das referidas tutelas penais.

[5] Ao abordar a questão da criminalização de condutas cometidas por pessoas jurídicas, Maurício Dieter é incisivo ao ressaltar que um dos elementos do conceito de crime é a conduta humana, não sendo possível a flexibilização da teoria do injusto a ponto de legitimar a excessiva expansão do âmbito de atuação do Direito Penal. No que tange a proteção dos direitos dos animais, Dieter é categórico ao afirmar que não há bem jurídico a ser tutelado nesta hipótese.

Sendo certo que uma dissociação total entre direito, moral, política e religião inexiste no modelo atual, é possível notar que muitas das normas penais que hoje vigem são produzidas com o intuito de atender a interesses de determinados setores da sociedade. Ainda que se argua uma atuação racional e desapaixonada por parte dos Poderes, o Direito Penal não é produzido nem aplicado de forma isenta (o mesmo pode ser dito sobre diferentes ramos do Direito, contudo, o presente trabalho dará especial enfoque às particularidades da seara criminal).

Uma clara demonstração do caráter político por trás da elaboração das normas penais pode ser notada quando da análise da elevadíssima proteção de que gozam os bens patrimoniais em sociedades capitalistas. A pluralidade de tipos penais voltados para a tutela do patrimônio, com cominação de penas elevadas demonstra, por si só, a importância e deferência que o Direito brasileiro atribui ao capital.

Toda criação de tipo penal proibitivo está diretamente associada a uma escolha e tomada de posição na que tange ao traçado das políticas criminais. Sendo certo que não há crime sem lei anterior que o defina, é na fase de criminalização primária – como analisaremos mais detalhadamente ao tratarmos do "ativismo legislativo" – que se estabelecem os limites para atuação tanto dos indivíduos quanto do aparato estatal de modo geral.

Ainda que o Direito Penal seja concebido como uma exceção, a *ultima ratio*, é possível notar que novas leis penais têm sido elaboradas e sancionadas com cada vez mais frequência, estabelecendo novos injustos penais ou mesmo elevando penas daqueles já existentes.

Para citar dois exemplos recentes e emblemáticos na seara penal, a aprovação das Leis 13.260/16 (a Lei "Antiterrorismo", criada em resposta às manifestações de 2013 com o intuito de manter "sob controle" os movimentos sociais e manifestações) e 13.330/2016 (cria tipos penais de furto e receptação de semovente) se operou no corrente ano, provocando revolta em meio à academia em virtude da criação de tipos penais abertos e com penas muito elevadas que não se coadunam com a real lesividade das condutas tipificadas.

Conclui-se com base nos elementos analisados que o Direito Penal, em decorrência da severidade das punições que tem o condão de aplicar, vem sendo utilizado como ferramenta de controle social, servindo de molde delimitador de condutas divididas entre desejadas e indesejadas.

2.3 A reversão do argumento da seletividade penal

A despeito da heterogenia característica da população brasileira, fruto da miscigenação de uma pluralidade de povos e culturas, o perfil dos encarcerados brasileiros segue um padrão: encarceramento majoritário de jovens, negros, pessoas de baixa escolaridade e de classes mais pobres[6].

A seletividade do Direito Penal se explicita com intensidade ainda maior no momento da aplicação da norma: moradores de comunidades e áreas mais pobres recebem tratamento mais contundente e, em alguns casos, discriminatórios por parte das forças policiais e Poder Judiciário. Com a criminalização do comércio de entorpecentes e proteção e elevada proteção aos bens patrimoniais, o que se observa é a configuração de uma política de criminalização da pobreza.

A atuação policial em padrões lombrosianos, aliada à ausência de recursos financeiros para contratação de advogados[7] contribui diretamente para essa padronização do cárcere.

Termômetro da injustiça que marca o Direito Penal, a análise da seletividade do sistema penal é um dos argumentos utilizados para tecer fortes críticas à elaboração das normas penais, desenvolvimento de políticas criminais e desumana execução da pena.

Seguindo em movimento contrário, determinados setores sociais, que (em sua maioria) costumam figurar como "alvos" da máquina penal, tem arguido a seletividade do ordenamento em sentido diverso, apontando a inexistência de normas penais que lhes confira a mesma proteção que é dada às classes dominantes. Neste diapasão, diversos movimentos sociais vêm defendendo pautas em prol da criminalização de condutas discriminatórias e preconceituosas que lhes afligem.

Observa-se, neste ponto, uma mudança de posição: o discurso em prol de um minimalismo penal (redução das políticas de encarceramento para pôr fim à seletividade do

[6] Disponivel em: http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,56-dos-presos-do-brasil-sao-jovens--aponta-levantamento,1711908 e http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf .Acesso (acesso em 20/09/2016).

[7] A despeito do brilhante trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública que luta para fazer frente à sanha punitiva imperante, a mesma carece de profissionais, apoio e recursos para atender em sua integralidade (e de forma mais detalhada) os acusados e encarcerados hipossuficientes.

Direito Penal) passa a conviver, com base numa mesma fundamentação, com discursos "punitivistas-inclusivos", que buscam satisfação de seus direitos por meio da criminalização da exclusão.

3. As (des)funções da pena e a crise do sistema prisional

Primeiramente, é necessário tecer uma crítica direta à crença popular e doutrinária nas funções preventivas da pena. Sendo certo que: a) a criminalização primária tem forte viés político e se dirige à manutenção de *status quo*; b) setores privados detêm forte controle sobre o Estado, exercendo pressão para aprovação de pauta que atenda a seus interesses pessoais; c) a aplicação das leis penais é feita de modo seletivo, como se pode aferir a partir da análise do perfil dos encarcerados no Brasil (jovens negros, pobres e de baixa escolaridade); d) a reincidência é uma das constantes do sistema prisional uma vez que o encarcerado não recebe efetivo apoio estatal para que se operem quaisquer das supostas funções "re" da pena (ressocialização, reinserção, reabilitação, etc); e) as condições em que os presos são mantidos nos estabelecimentos prisionais atualmente são completamente desumanas e insalubres, é possível afirmar que a pena hoje é utilizada como exercício de vingança estatal.

Ponto importante estressado pelo Informativo Rede Justiça Criminal[8] é de que a adoção da política de encarceramento se provou incapaz de reduzir os índices de violência

O cumprimento de pena nos moldes atuais remonta à concepção de pena como suplício, aplicada no intuito de infligir sofrimento ao condenado, sem sequer se ater a limites de retributividade com base na efetiva lesão decorrente do ilícito supostamente cometido.

Na década de '90, como bem aponta Vera Malaguti[9] em seus estudos sobre criminologia e sistema penitenciário brasileiro, ocorreu o fenômeno do "grande encarceramento", que consistiu o aumento exponencial da aplicação de penas privativas de liberdade e, consequentemente, do aprisionamento.

Em virtude das políticas – criminal, legislativa e de segurança pública – adotadas pelo governo vigente, com crescente enfoque na "guerra às drogas" e considerável

[8] Informativo nº 8 de janeiro de 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf (acesso em 25/09/2016).
[9] MALAGUTI, Vera. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

criminalização da pobreza (como denotam as elevadas e recorrentes penas aplicadas por delitos patrimoniais), a superlotação tornou-se uma constante no sistema prisional pátrio.

O discurso de que "o Brasil é o país da impunidade", embora muito propagandeado e utilizado como justificativa direta para os escândalos de corrupção que têm sido noticiados pelos mais variados veículos de comunicação nos últimos meses, em nada se coaduna com as estatísticas reais do cárcere.

De acordo com os dados fornecidos no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN[10], publicado pelo Ministério da Justiça em 2015, o número de pessoas presas no Brasil já ultrapassou a marca dos seiscentos mil, colocando o país na 4ª posição no ranking mundial de população encarcerada, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

O sistema penitenciário nacional funciona hoje com uma lotação equivalente a 161% da sua capacidade total – conforme dados do INFOPEN referentes a junho de 2014, 607.731 presos ocupavam as 376.669 vagas existentes nas instituições prisionais em funcionamento no país – e o número de internos cresce a cada dia.

As mazelas do cárcere não se restringem a seus limites físicos. A adoção de uma cultura punitivista centrada na privação de liberdade atinge uma vasta gama de direitos de terceiros estranhos à condenação, provocando impactos até mesmo de ordem econômica, uma vez que representa despesa extremamente elevada e custeada pelo Estado com recursos públicos.

Ainda assim, a sociedade, influenciada em parte pelos discursos midiáticos sensacionalistas, tem bradado pela adoção de políticas criminais mais severas e punitivas, fundamentando seu pleito nos vazios e falaciosos fenômenos da "impunidade" e "insegurança".

Sob as escusas de buscar uma humanização e melhoramento do sistema carcerário – mas com a real intenção de aumentar o número de vagas disponíveis para continuar a prender em grande quantidade e atender aos interesses de setores privados – o governo brasileiro vem tentando desenvolver o modelo de "PPP's"[11], penitenciárias mantidas em parceria com o setor

[10] Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf .Acesso em 20/09/2016.
[11] Salienta-se que o primeiro presídio criado nos moldes de "PPP" encontra-se em funcionamento no estado de Minas Gerais.

privado, transformando o encarceramento em uma espécie de *commodity*. Ressalta-se que os Estados Unidos, país com a maior população carcerária do mundo e que serviu de modelo para desenvolvimento da proposta de implementação dos PPPs, segue hoje o rumo contrário por ter constatado que o referido modelo de execução penal representa um grave problema para a sociedade como um todo, razão pela qual adotou um modelo de estatização das penitenciárias e busca formas para reduzir o encarceramento.

4. O ativismo legislativo

4.1 A (suposta) representatividade dos membros do Poder Legislativo

A legitimidade para legislar dos membros do Poder Legislativo está diretamente associada ao fato destes serem eleitos por meio de sufrágio universal periodicamente realizado, conforme estabelecido pelo ordenamento pátrio.

A submissão ao sufrágio universal, o contato direto com os cidadãos, aliado à separação dos poderes, deveria, num modelo utópico, significar que a atuação do Legislativo se pauta nas necessidades de toda coletividade.

Contudo, na tentativa de permanecer no poder – e mesmo, por vezes, obter vantagens –, é possível notar que a atuação de elevadíssimo número dos candidatos eleitos atua de forma leviana, atendendo a interesses de minorias em detrimento do coletivo. Exemplo claro da influência de setores privados e de indivíduos de maior poderio econômico é a inércia, até a presente data, do Poder Legislativo no que tange o IGF (imposto sobre grandes fortunas).

No tocante à matéria penal, não restam dúvidas de que fatores externos exercem papel importante na atividade legislativa. Exemplo recente desta produção de leis penais dirigidas a atender interesses da iniciativa privada é a Lei 13.330/16, que entrou em vigor no dia 03 de agosto do corrente ano, que acrescentou ao art. 155 o parágrafo 6º e trouxe o art. 180-A, ambos no Código Penal, tipificando as condutas de furto e receptação de animais criados para produção ou consumo, com pena de dois a cinco anos de reclusão.

A motivação por trás da elaboração da lei 13.330/16 foi de aumentar a proteção dada à propriedade dos agropecuaristas, dando tratamento mais gravoso àqueles que subtraíssem o bem semovente criado para consumo ou o adquirissem de quem o tivesse furtado.

Ora, os crimes de furto e receptação estão devidamente tipificados pelo Código Penal nos artigos 155 e 180, respectivamente.

4.2 O Direito Penal como ferramenta de proteção dos direitos individuais e coletivos

A subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal são características indissociáveis e elementares da própria norma penal, estando assim descrita tanto no ordenamento pátrio quanto na doutrina e jurisprudência. Contudo a construção de discursos punitivos e ampliativos das leis penais tem contribuído para a desvirtuação da criação e aplicação dos ilícitos penais.

Autores que consideram adequada a utilização do Direito Penal como ferramenta para tutela de direitos e garantias fundamentais afirmam que tal utilização destina-se a uma definição de condutas socialmente adequadas, conferindo a lei penal o caráter de ferramenta para controle social e guia de atuação, ferindo de morte o status de *ultima ratio.*

Como alegam alguns dos críticos da chamada "esquerda punitiva", alguns movimentos progressistas, que no passado lutaram para buscar um tratamento igualitário e inclusivo para minorias e grupos discriminados, fazendo frente aos abusos sociais, e mesmo estatais, buscam hoje uma ampliação das políticas punitivas como ferramenta para sua "inclusão".

Estes mesmos grupos que se viram, por vezes, vítimas da criminalização que decorre da utilização do direito penal como ferramenta de controle social agora bradam pela elaboração de novos tipos penais incriminadores, dirigidos ao encarceramento daqueles que lhes oprimiram ou oprimem.

Neste contexto, o que se nota não é uma alteração social no sentido de garantia de igualdade e respeito dentro de padrões humanitários e dignos, mas sim uma valorização do Direito Penal, traduzindo-se como uma espécie de sacralização das normas punitivas, tidas como um atestado de representatividade e relevância do grupo que possui seus direitos penalmente tutelados.

4.3 As pressões midiáticas e legislações simbólicas

Os grandes veículos midiáticos exercem hoje, em virtude de sua dominação ideológica, influência e poderio econômico, forte controle e pressão dobre os mais variados setores da sociedade e máquina pública. Colocada hoje por alguns autores como o quarto ou quinto poder[12], a mídia hoje desempenha um papel de relevância no cenário político brasileiro.

Exemplos de influência dos veículos midiáticos sobre os desdobramentos de processos e investigações criminais são inúmeros, como bem afirma o renomado jurista e abolicionista, Nilo Batista. Afirma-se hoje que cabe à grande mídia, nos casos de repercussão, o papel de absolver ou condenar, uma vez que a pressão popular por ela semeada é um dos fatores exógenos que guia a atuação do aplicador da lei.

Dominada por um pequeno número de famílias, a grande mídia brasileira é controlada por membros de setores abastados da sociedade e que seguem uma agenda política mais conservadora (por vezes, retrógrada).

Contando com sua forte influência sobre a construção do pensamento e ideologia popular, mascarando suas posições político-institucionais sob o véu da "imparcialidade jornalística" e escusado todos os excessos e divulgações indevidas sob a justificativa do "interesse público", o que se observa é a utilização das sociedade como massa de manobra para obtenção de resultados favoráveis aos detentores destes meios.

Um dos casos de clara atuação política e influência na mobilização – e polarização – social em decorrência da parcialidade e midiática foi o que se operou ao longo do processo de *impeachment* da Presidente da República Dilma Roussef e culminou com sua destituição da chefia do Poder Executivo.

4.4 A inércia do Estado

A pluralidade de culturas e nacionalidades que contribuíram para a formação da sociedade brasileira é um dos principais patrimônios de nossa sociedade.

[12] Essa discordância quanto à posição se deve à discussão travada a respeito do papel do Ministério Público, tipo por muitos estudiosos como um quarto poder, que se coloca em paralelo com os poderes Legislativo, executivo e Judiciário.

A despeito da relevância da multiplicidade cultural, social e política, o Estado se mantém inerte mesmo em face diferentes atos discriminatórios e abusivos. Em lugar de cobater problemas que decorrem da cultura patriarcal e misógina que ainda encontram guarida em nossa sociedade, buscando implementar políticas para valorização do papel da mulher e desobjetificação, o que se observa é a aprovação de projetos de lei que são elaborados de maneira apressada e votados às pressas.

Esse é o caso, por exemplo, do projeto de lei que visa estabelecer pena mais elevada para o crime de estupro coletivo, sendo sua votação claro produto da forte pressão midiática em decorrência do episódio ocorrido no primeiro semestre deste ano envolvendo o estupro de uma menor na cidade do Rio de Janeiro.

Sem qualquer tipo de estudo ou busca por campanhas de combate à violência contra a mulher, o que se observa é a criação de uma norma penal simbólica, produto de pressões populares e midiáticas imediatistas.

5. Conclusão

Ante todo o exposto, sustenta-se que a criação de novos tipos penais incriminadores não pode se dar de forma leviana e populista, atendendo aos clamores jornalísticos ou mesmo de setores sociais sem qualquer análise crítica de seus efeitos e impactos sociais.

Um dos pontos mais nevrálgicos ora defendidos é a incapacidade de se obter por meio de uma tutela penal – com privação de liberdade e, como demonstram análises empíricas, de dignidade – qualquer tipo de integração social efetiva. A opção pelo encarceramento traz riscos maiores e afasta da pauta o debate sobre questões mais profundas e afetas à essência de algumas das mazelas sociais presentes.

A tipificação de condutas discriminatórias, embora dotada de uma justificação social legítima e amparada por teses como as que arguem o caráter preventivo do Direito Penal (e que são comprovadamente infundadas, haja vista o número de delitos praticados diuturnamente) não possui o condão de alterar por si só as causas que levam à existência de tensões sociais e fragmentariedade de grupos.

A relevância da atuação do Poder Legislativo é inquestionável. Contudo, faz-se mister o desenvolvimento de um estudo de viabilidade prévio, que anteceda a elaboração de normas penais e verifique a sua efetiva necessidade.

Não se pode atribuir à criminalização de condutas o condão de salvaguardar a sociedade. A política de encarceramento representa grande ameaça à democracia, devendo o uso da pena se operar de forma consciente.

O agigantamento da esfera penal traz fortes riscos para a população, em especial para as minorias, razão pela qual o respeito ao seu caráter subsidiário deve ser sempre considerado como norte para o aplicador e redator da norma.

7. Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* - 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT,César Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. Ed.São

CIRINO DOS SATNTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. 6ª Ed atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

CONDE,Francisco Munoz. WINFRIED, Hassemer**.** *Introdução à Criminologia*. Ed:Rio de Janeiro:Lumen Juris.2008.

DI GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico, nº 12. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIETER, Maurício Stegmann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*.- 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)* - 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (deus)legitimação do poder punitivo estatal* - 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. *A Privação de Liberdade: o violento, danoso é inútil sofrimento da pena.*

MALAGUTI, Vera. *Introdução crítica à Criminologia brasileira***.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. 3ª ed. São Paulo:

Atlas, 2013.

TAVARES, Juarez. PRADO, Geraldo. *O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: análise de cãsos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Ed. Del Rey, 2003.

TERRA, José Maria; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Justiça paralela: criminologia crítica, pluralismo jurídico e (sub)cidadania em uma favela no Rio de Janeiro* - 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, volume I: Parte Geral* - 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: vol. I* - 4ª ed. Rio De Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: vol. II,i* - 2ª ed. Rio De Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva)* - 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.