

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL III

DANI RUDNICKI

JULIO CESAR ROSSI

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

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



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

PUNIÇÃO E REPRESSÃO: A DINÂMICA LEGISLATIVA DE EXPANSÃO
PUNISHMENT AND REPRESSION: THE DYNAMIC LEGISLATIVE EXPANSION

Eveline Cristiane Batista Schmidt
Paulo Henrique Helene

Resumo

O presente trabalho faz uma abordagem crítica à expansão exacerbada do Direito Penal na atualidade, em razão da sua aparente ineficácia. A problemática se concentra notadamente no comportamento ineficaz do Estado ao buscar uma solução para os conflitos sociais na expansão legislativa e no recrudescimento das penas, especialmente no que se refere à “criminalidade de rua” dando azo a um Direito Penal Simbólico baseado no clamor social.

Palavras-chave: Direito penal simbólico, Clamor social, Criminalidade de rua

Abstract/Resumen/Résumé

This work is a critical approach to the exaggerated expansion of criminal law at the present time, because of its apparent ineffectiveness. The problem is concentrated mainly in the ineffective behavior of the State to seek a solution to social conflicts in the legislative expansion and intensification of feathers, especially in regard to the "street crime" giving rise to a criminal law Symbolic based on social outcry.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Symbolic criminal law, Social cry, Crime street

INTRODUÇÃO

Em tempos em que a mídia noticia diuturnamente o caos assenhorear a nossa sociedade em razão da dissipação da violência e em que escândalos políticos ganham a mira dos holofotes, o Direito Penal torna-se o assunto mais debatido nas rodas de diálogos frequentadas por leigos e juristas.

Em meio à celeuma que se cria em torno destes eventos sociais, torna-se imprescindível uma análise minuciosa acerca da expansão do Direito Penal na sociedade contemporânea.

Com efeito, a relevância dos acontecimentos históricos contemporâneos influencia sobremaneira na construção e na transfiguração do Direito Penal.

No entanto, o legislador, ao criar uma nova lei, não pode se limitar ao clamor social, antes carece respaldar-se em estudos de cunho criminológico e antropológico da sociedade para que a sua finalidade (espírito da lei) se materialize.

Entretanto, hoje o que podemos vislumbrar é a figura de um legislador que imbuído pelo apelo da sociedade cria normas a seu bel-prazer e as trata como se tivessem obtido a resposta para a neutralização da violência, no entanto, este discurso não passa de utopia, como veremos adiante.

Por isso, é de suma importância racionalizar o momento em que vivemos.

1. O ADVENTO DA LEI 13.330/2016

Quando o tema é expansão do Direito Penal nosso legislador não tem limites. Qualquer que seja hoje a proposta penal que tramite no Congresso, o risco de criarem-se leis escabrosas é muito grande, prova disso é a recente alteração legislativa – Lei 13.330/2016 – que recrudescer as penas dos crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção (HELENE, SCHMIDT, 2016).¹

Primeiramente, nos socorremos do Direito Civil, notadamente, dos Direitos Reais, para identificarmos o objeto material do crime – coisa sobre a qual recai a conduta do agente.

¹ Passou a constar no Código Penal a seguinte figura típica: “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.” E ainda: “Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Classifica-se como semovente o bem que possui movimento próprio, ou seja, que se move por si mesmo.

A Lei nº 13.330/2016 altera as penas do furto e da receptação envolvendo “semovente domesticável de produção”.

Trata-se de semovente domesticável de produção o animal que foi domesticado ou que pode ser domesticado para ser utilizado como rebanho e/ou produção. Em regra, incluem-se neste conceito os bovinos, ovinos, suínos, caprinos etc.

O legislador, contudo, não fez restrições. Desta forma, ingressam no conceito de semovente domesticável de produção animais diversos, a exemplo de cães, gatos e aves, desde que contenham a finalidade de produção, é dizer, sejam idôneos a gerar algum retorno econômico ao seu titular, como se dá na criação de filhotes destinados à venda (MASSON; CAVALCANTE 2016).

Na medida em que o Direito Penal se expande desse modo, torna-se produto de uma espécie de perversidade estatal, que busca na legislação penal uma aparente solução de conflitos e de problemas sociais.

Essa postura é a mazela de nossa democracia e corresponde à política pública mais irresponsável adotada pelos governos democráticos.

A população ainda acredita que mais crimes e mais penas resolvem os índices de criminalidade.

Ouvindo este clamor, o legislador aprovou inúmeras leis penais especiais desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as quais, na sua maioria, buscam a criminalização da chamada “criminalidade de rua”.

Com efeito, o clamor midiático pode ser considerado uma das molas propulsoras da legislação de emergência, a exemplo do que ocorreu com a lei que definiu os crimes hediondos (HELENE; HELENE, 2014).

A propósito, no ano em que a Constituição Federal completou 25 anos (2013) uma pesquisa realizada demonstrou que desde 1988 até 2013 foram editadas 4.785.194 (quatro milhões, setecentos e oitenta e cinco mil, cento e noventa e quatro) normas, ou seja, 524 normas editadas por dia (INSTITUTO BRASILEIRO DE TRIBUTAÇÃO, 2013).

2. DA SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS NO PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS LEIS

O Direito Penal é instrumento dotado de proteção de bens jurídicos essencialmente importantes (SANCHEZ, p. 33, 2013), reservando para outros ramos de atuação as condutas

humanas desviadas que são consideradas menos lesivas, conforme asseveram em suas obras Alexandre Salim (SALIM; AZEVEDO, 2015, p. 76):

Assim, se não há lesividade, o que se estará punindo é o desrespeito ou desobediência a uma norma, ou seja, uma simples infração do dever (o que se denomina de crimes de transgressão), de sorte que esses fatos devem ser tratados por outros modos de controle social, como o Direito Administrativo. Caso contrário estaremos diante de uma administração do Direito Penal.

Salo de Carvalho completa (CARVALHO, 2013, p. 57):

Nesta perspectiva, o direito como regulador, o penal surgiria como o mecanismo de intervenção mais radical, estabelecendo as mais graves sanções aos mais graves atos. Em razão de a intervenção penal causar sérios danos aos direitos e garantias individuais, estaria limitada apenas aos casos de impossível resolução pelo demais mecanismos de controle social, formais ou informais.

Para tanto, no momento da criação de uma norma de cunho penal, há de se observar o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

Principalmente em uma sociedade em que se institucionalizou a insegurança há que se ter muito cuidado no momento da seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, para que a norma incriminadora não seja indiscriminadamente empregada (HELENE, SCHMIDT, 2016).

Nesse sentido, bem assevera Jesús-María Silva Sánchez (SÁNCHEZ, 2013, p. 42.):

(...) nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da insegurança sentida (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança.

Ainda nesse passo, o escólio de Dornelles (2003, p. 54):

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, ‘sequestros-relâmpagos’, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em ‘cadeia nacional’, somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior de riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Percebe-se, inclusive, que crimes são criados com justificativas nebulosas que apontam para um único interesse, o interesse político, que, na maioria das vezes, não está atrelado ao bem-estar da população (HELENE; SCHMIDT, 2016).

Além disso, observa-se que existem crimes criados com o objetivo de reforçar uma postura política, ou seja, para o interesse daquele que legisla, ou para reforçar conceitos morais de determinada parcela da população, ou seja, como bem asseveram DIAS e ANDRADE, a criminalização nesta área pressupõe o exercício do poder no interesse de uns, mas impondo-se a todos (DIAS; ANDRADE, 1997).

Para conceituar tal ocorrência social Michael Foucault cunhou pela primeira vez o termo *ilegalismo*. Na visão do pensador o termo se presta para definir uma estratégia política, que serve para instrumentalizar a percepção social sobre a violência, a qual, por vezes, autoriza a adoção de expedientes jurídicos extraordinários, muitas vezes contrários à própria lei (RAMOS; ÁVILA, 2015).

Nas palavras de Foucault (FOUCAULT, 2010, p. 251):

a penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir, em parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles.

No caso da Lei n.º 13.330/2016 – que recrudescer a pena do furto, inserindo uma nova figura qualificada que criou o crime de “receptação de animal”, a desculpa da vez foi de que o comércio clandestino de carne de procedência ilícita – especialmente de gado – é um grave problema de saúde pública no país e que tal atividade econômica tem impactos negativos do ponto de vista da sonegação de impostos (HELENE; SCHMIDT, 2016).

Ora, em verdade, vislumbra-se uma perversidade estatal ao procurar na legislação penal uma aparente solução de conflitos e de problemas sociais. Afinal, as condutas narradas já eram consideradas criminosas (HELENE; SCHMIDT, 2016).

2.1. O impacto decorrente da criação de novas leis

Após o advento da Constituição de 1988, muitas leis foram criadas em momentos de crise com o objetivo de neutralizar a criminalidade, a exemplo da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), Lei n.º 8.930/1994 (Nova Lei de Crimes Hediondos), Lei n.º 9.455/1997 (Lei de Tortura), Lei n.º 10.792/2003, que instituiu o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, etc.

No entanto, as perguntas que se fazem são as seguintes: As alterações legislativas trouxeram mudanças positivas para a diminuição da violência? Os potenciais delinquentes ao tomarem conhecimento da nova penalidade se sentirão intimidados? Parece que não!

Então, as mudanças legislativas teriam apenas uma função simbólica?

Uma pesquisa realizada no ano de 2013 indica que no Brasil, no ano de 2011 a média de roubos era de 574,1 para cada 100 mil habitantes (GOMES, 2014), com a terceira maior taxa de roubos da América Latina, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), ou seja, quase 15 anos após o advento da Constituição Federal, os índices de criminalidade continuam astronômicos, em que pese as estratégias legislativas adotadas com o intuito de neutralizar a violência.

Neste aspecto, caminha muito mal o legislador em sua atividade quando o assunto são as finalidades da pena, pois, via de regra, atenta-se tão somente à prevenção geral negativa. Tal postura é a doença de nossa democracia da atualidade e corresponde à política pública mais irresponsável dos governos democráticos, visto que infunde a falsa ideia na população de que mais crimes e mais penas resolvem os índices de criminalidade (HELENE, SCHMIDT, 2016).

Aliás, a própria população acredita piamente nesta ideia (SHEERER, 2015)

Pelo fato de conhecermos castigos desde a infância, acreditamos que eles são naturais – talvez em todas as suas formas e a qualquer pretexto, mas em princípio (e também inconscientemente) de que eles são indispensáveis. Pensemos apenas nos castigos impostos pela família. Muitos pais aprenderam a educar os filhos sem bater e que a surra, outrora uma instituição pedagógica, é, no entanto, violência que estigmatiza os filhos. Mas, com isso, os castigos foram realmente abolidos ou transformados em uma variedade infindável de proibições, como a de assistir televisão e ficar acordado, ou mesmo o corte da mesada e outras sanções ligadas ao contato ao consumo? Antigamente eram as surras, hoje sofremos com sanções de desaprovação com o olhar, ostracismo social e privações de carinho. As punições podem se tornar mais brandas, mas poderiam também desaparecer? (e é a brandura realmente mais suave?). Uma sociedade que se sustente sem sanções negativas provavelmente nunca existirá, afinal, elas são um mal necessário, o mal necessário por excelência.

No entanto, qualquer pessoa que tenha um domínio mínimo de Direito Penal consegue identificar que grande parte das inovações legislativas recaem sobre os cidadãos mais vulneráveis, o que gera a chamada seletividade cruel.

3. DA SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

A seletividade do Direito Penal é dividida em duas categorias (seletividade primária e seletividade secundária) e se traduz da seguinte forma: A seletividade primária ocorre no momento da edição da lei penal, ocasião em que o legislador escolhe os comportamentos que

deverão ser criminalizados. Por outro lado, a seletividade secundária determina quem são os atores que deverão responder pelas ações praticadas.

Greco, com seu brilhantismo discorre sobre o tema (GRECO, p. 155, 2013):

A seletividade do Direito Penal pode ser verificada mediante dois momentos distintos denominados criminalização primária e criminalização secundária.

Por intermédio do processo de criminalização primária, o Estado seleciona determinados comportamentos existentes em nosso meio social, em tese, ofensivos a bens jurídicos, proibindo-os ou impondo-os sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, mediante uma lei por ele formalmente editada.

Uma vez em vigor a lei penal, quando descumprida, surge a possibilidade de se levar a efeito a chamada criminalização secundária, oportunidade na qual o Estado fará valer o seu *jus puniendi*, investigando, processando e, por fim condenando ao cumprimento de uma pena o transgressor da lei penal editada anteriormente ao comportamento delitivo.

Ora, sob o enfoque da seletividade primária, quem deve responder às infrações penais praticadas? Todos aqueles que as cometerem.

Por outro lado, sob o enfoque da seletividade secundária vislumbra-se outro cenário, o Direito Penal recai sobre as classes mais numerosas e menos esclarecidas.

Sobre o tema, Leonardo Sica em sua obra *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão* (SICA, p. 51, 2002):

A seletividade é uma marca histórica e indissociável do sistema penal. O *ius puniendi*, longe de sua conformação contratual, tem sido exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado (se é que ambos estão distantes).

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semialfabetizados; 95% são absolutamente pobres; 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto.

Com efeito, enquanto houver a banalização do Direito Penal e a sua utilização de forma indiscriminada a seletividade secundária recairá sobre os mais vulneráveis.

Em outras palavras, enquanto houver uma legislação penal hipertrofiada, o Direito Penal continuará a ser um mecanismo cruel de punição dos menos favorecidos.

Enquanto isso, os ocupantes de altas posições sociais e de cargos de alto escalão continuarão impunes.

Um exemplo de seletividade cruel ocorria em nosso ordenamento jurídico quando era possível a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, anteriormente à modificação do artigo 51 do Código Penal, que passou a considerar a multa como dívida de valor, razão pela qual o seu inadimplemento não permite mais a sua conversão em prisão, em

outras palavras, no passado, o acusado economicamente hipossuficiente arcaria com uma pena muito mais rigorosa do que aquele que pudesse arcar com a pena pecuniária (GRECO, 2013).

Outro exemplo de seletividade cruel era comum antes da recente alteração na jurisprudência do STF que passou a permitir a efetivação da prisão do réu após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau.

Anteriormente à votação da PEC 402/2015 o STF se posicionava no sentido de que a presunção de inocência impediria a prisão do condenado até o último grau recursal possível.

Isso facilitava a chamada indústria de recursos, a qual beneficiava, notadamente, os réus com maior poder aquisitivo, ao passo que os pobres se submetiam à decisão de 2º grau, em razão do alto custo para a interposição de recurso nas instâncias superiores. Um exemplo marcante é o caso do jornalista Pimenta Neves, que, mesmo réu confesso, demorou onze anos para iniciar o cumprimento de pena.

Ainda sobre a seletividade cruel, afirma Maria Lúcia Karan (GRECO, apud, KARAN, p. 157, 2013):

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

Diante disso, fica a reflexão, e se o Estado, a despeito da seletividade, passasse a punir todos os fatos incriminados pela lei penal, haveria estrutura em nosso poder judiciário para o julgamento dos réus? Haveria vagas em nosso sistema penitenciário para o cumprimento das penas?

É evidente que não.

Portanto, não é crível que o Estado possa escolher quem deve punir, a despeito da existência de normas incriminadoras que são elaboradas para todos!

De mais disso, em havendo uma legislação penal inflada, que tipifica crimes ao revés do que determinam os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade é obrigação do Estado garantir ao condenado o cumprimento da pena de forma digna, o que não ocorre!

Então, estaria o Direito Penal cumprindo o seu papel ressocializador? Ou seria o Direito Penal uma falácia?

Não seria mais eficaz a criação de políticas públicas de investimento em educação ao invés de investir em repressão?

Feitas essas reflexões, tem-se que o Direito Penal somente pode se dedicar à repressão de condutas que ataquem bens importantes e necessários ao convívio social, pois, enquanto houver inflação legislativa, haverá seletividade cruel e o Direito Penal continuará a escolher quem deverá ser punido, o que sempre recairá sobre as camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Diante desta realidade, é melhor prevenir do que reprimir, porque a repressão é seletiva e discriminatória, ou seja, atinge uma minoria da população estigmatizada (GOMES, 2015).

4. O ESTABELECIMENTO DE UM ESTADO SOCIAL COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL

A substituição de um Estado Social por um Estado Penal foi o estopim para a hipertrofia legislativa que vivemos hoje. Por conta disso, o Direito Penal simbólico transformou-se em ferramenta predileta de nossos governantes para dar satisfação à sociedade sobre o aumento da criminalidade em nosso país (GRECO, 2013).

No entanto, o controle social jamais poderá ser efetivado desta forma. A criação de leis novas e o recrudescimento de leis já existentes não é instrumento hábil para diminuir o índice de criminalidade.

Aliás, a concretização de um Direito Penal eficaz na repressão dos crimes que firam bens essenciais e necessários para o convívio social depende da efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

Com efeito, a Constituição da República traz em seu artigo 6º um rol de direitos sociais (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), os quais têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais mínimas para o gozo de seus direitos.

No entanto isto só acontece no campo formal. No campo material os direitos sociais são completamente ignorados e relegados ao segundo plano.

O Brasil, por ser um país de democracia social deveria garantir a igualdade material ao seu povo, por meio de políticas públicas eficazes e aptas a minimizar o abismo social existente entre as classes.

Sobre o tema, Dulce Chaves Pandolfi assevera (GRECO apud PANDOLFI, p. 162, 2013):

No Brasil, passados quase 15 anos do fim da ditadura militar, muitas são as dificuldades para a consolidação de uma sociedade democrática. Se no campo político os avanços foram grandes, em outras áreas as mudanças foram bem menos significativas. O novo regime não conseguiu reverter a acentuada desigualdade econômica e o fenômeno da implantação de um Estado de direito, os direitos humanos ainda são violados e as políticas públicas voltadas para o controle social permanecem precárias. Se, formalmente, pela Constituição de 1988, a cidadania está assegurada a todos os brasileiros, na prática, ela só funciona para alguns. Sem dúvida, existe aqui um déficit de cidadania, isto é, uma situação de desequilíbrio entre os princípios da justiça e solidariedade.

A propósito, pesquisas demonstram que países que possuem um PIB (produto interno bruto) per capita de aproximadamente 50.000 dólares e Gini² médio de 0,301, possuem índices baixíssimos de violência, na seguinte proporção: 1,1 homicídios por 100 mil habitantes, 5,8 mortos no trânsito por 100 mil pessoas, 18.552 presos (na média) e 98 encarcerados para cada 100 mil pessoas (GOMES, 2014).

Isso se explica pelo fato de que a riqueza não fica concentrada nas mãos de uma minoria, em outras palavras, existe uma melhor distribuição de renda entre a população.

Em posição antagônica encontram-se países como o Brasil, o qual tem renda per capita de aproximadamente 11.000 dólares e Gini de 0,519 (0,51: país exageradamente desigual, o que significa uma altíssima concentração de renda), 27,1 assassinatos para 100 mil pessoas, 22 mortos no trânsito para cada 100 mil, quase 600 mil presos, 274 detentos para cada 100 mil habitantes (GOMES, 2014).

Ora, enquanto pais de família não tiverem emprego, não possuírem casa própria, enquanto os membros da família são abandonados à própria sorte pelo Estado quando se veem doentes, enquanto os filhos não possam ser educados em escolas dignas, enfim, enquanto houver tanta diferença social, a propensão será o crescimento da criminalidade aparente (criminalidade de rua) de que cuidam os noticiários, a criminalidade violenta urbana, que derrama sangue com as suas ações (GRECO, 2013).

Além disso, importante destacar que o Brasil é o 16º país com maior índice de violência do mundo e conta com 16 das 50 cidades mais truculentas do planeta.

Com efeito, grande parte da população carcerária integra uma parcela marginalizada da sociedade a qual não dispõe do mínimo existencial.

Sobre a relação entre preso e sociedade, pontua Alessandro Baratta (2011, 186-187):

²O Coeficiente de Gini é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, e publicada no documento "Variabilità e mutabilità" ("Variabilidade e mutabilidade" em italiano), em 1912.

Antes de tudo, esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso). Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.

Em segundo lugar, o cárcere reflete, sobretudo nas características negativas, a sociedade. As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração. Antes de falar de educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social.

Não é crível que por uma falha do Estado em entregar aos indivíduos as prestações definidas no texto constitucional, continue a se punir somente a criminalidade aparente cometida pelo vulnerável, pelo indivíduo que se encontra desempregado, sem um lar, fruto do descaso social.

E os crimes de corrupção cometidos pelos poderosos? Os crimes cometidos pelos políticos ou funcionários públicos que causam danos irreparáveis e de grande monta ao erário?

Não são esses os crimes que mais causam mortes, que levam a sociedade à miséria, a marginalidade, à condição de subsistência? E por que estes crimes não são punidos?

Para responder este questionamento, parafraseia-se o brilhante professor Rogério Greco: Porque a corrupção não sangra, não dói, não causa pavor, não fere. O corpo da vítima caído no chão causa muito mais impacto, o que faz com que as pessoas tolerem mais o corrupto do que o homicida (GRECO, 2015).

Greco prossegue:

Comparativamente, um homicídio praticado por alguém que se encontra desempregado, transformado em um indigente, que somente é encontrado embriagado, numa escala valorativa, significa muito menos do que um delito de corrupção praticado por um funcionário público, que ocupa o cargo de presidente de uma comissão de licitação destinada à aquisição de remédios para a distribuição em farmácias populares. O comportamento do funcionário corrupto geralmente intocável, é infinitamente superior em termos de gravidade ao do homicida, visto

que aquele pode ser comparado a um genocida, pois que, com o seu prejuízo erário, causa a morte de milhares, e não de uma só pessoa.(2013, p. 164).

Ou seja, enquanto não houver mecanismos para acabar com a seletividade cruel, a qual permite a punição apenas dos indivíduos estigmatizados o Direito Penal continuará sendo simbólico.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento do eminente professor Juarez Cirino dos Santos que aduz (SANTOS, 2011, p. 260-261):

O *discurso crítico* da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico *desigual* em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da *definição de crimes* constitui proteção seletiva de bens jurídicos representados das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de poder político da formação social; c) ao nível da *execução penal* constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade *real* nas relações de produção/distribuição material – embora com utilidade *simbólica* no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo.

Essa concepção mestra o significado de conservação e de reprodução social realizado pelo programa *desigual e seletivo* do Direito Penal, cujas sanções estigmatizantes realizam dupla função: de um lado, a função *política* de garantir e reproduzir a escala social vertical, como função real da ideologia penal; de outro lado, a função *ideológica* de encobrir/imunizar comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade, como função ilusória da ideologia penal .

Sobre o tema, assevera Guilherme Nucci (2012, p. 7):

O leigo acredita erroneamente que mais leis resultam na diminuição das práticas criminosas, O fato é que temos uma infinidade de condutas classificadas como crime que não são punidas. Com todo respeito ao legislador pátrio considero improcedente a tipificação dos delitos de charlatanismo (art. 283,CP) e de curandeirismo (ar. 284, CP). EM 23 anos de magistratura nunca julguei esse tipo de crime. Acertadamente a previsão de mendicância do Decreto-Lei 3.688/41 (art. 60) foi revogada, pois afrontava os princípios da Constituição Federal, mas a vadiagem (art. 59) ainda é contravenção penal cuja inconstitucionalidade demonstro em Princípios Constitucionais e Processuais. A lei, nesse ponto, é elitista, pois admite que o sujeito que possui renda incorra na vadiagem, presumindo que poderão praticar o roubo aqueles que não comprovem meios bastantes de subsistência.

Verifica-se, então, ser possível a diminuição da criminalidade, a partir do momento em que o Estado assumir o seu papel e buscar diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais, por meio da efetivação de políticas públicas, de forma a não permitir que a riqueza se concentre nas mãos de uma minoria, ao passo que a grande maioria encontra-se na penúria.

Além disso, abandonar a produção legislativa como forma de resposta a todos os males da sociedade é medida de primeira urgência.

Como bem vimos o cerne da questão não se concentra na ausência de leis, muito pelo contrário, existe em nosso país grande quantidade de leis em vigor, ou seja, não é a falta de leis que causa a impunidade, e sim a superabundância de normas incriminadoras que impedem a repressão de crimes graves e levem à impunidade de estupradores, traficantes, corruptos, etc.

Nucci evidencia o tema em sua obra (2012, p. 8):

Os postulados do direito penal mínimo seriam muito ecipientes no ordenamento pátrio porque não possibilitam que os delitos graves fiquem impunes. A impunidade não está relacionada a quantidade de leis, no Brasil existe uma grande quantidade de leis em vigor, não sendo esta a questão. É necessário um Estado bem aparelhado capaz de apurar e punir, pois a sociedade está cansada de presenciar a impunidade de estupradores, corruptos, ladrões e traficantes.

Conclui-se, portanto, que o controle social nunca foi efetivamente aplicado em nossa sociedade, sendo o controle social extremamente penal e ainda racista, desigual, sexista, etnicista, autoritário e discriminatório. Para conter a desordem sempre foi adotada a repressão. (GOMES, 2012, p. 35).

CONCLUSÃO

Como visto, em virtude dos acontecimentos sociais lamentáveis em nosso país, o Direito Penal está sendo colocado cada vez mais em voga, o que, por si só, representa algo positivo.

No entanto, a forma como o debate chega à população, através dos meios de comunicação tendenciosos, causa uma sensação de indignação e descrédito no Poder Judiciário.

Não é à toa que a figura do Juiz Federal Sérgio Moro é endeusada por uma população que há muito já perdeu a credibilidade na justiça.

Essa indignação enroupada de clamor social instiga o legislador a elaborar cada vez mais normas incriminadoras ou que tornam as penas mais severas, a despeito dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

A inflação legislativa é utilizada como forma de resposta aos anseios da sociedade que já não sabe mais para onde recorrer.

No entanto, vimos que o atual sistema punitivo não é capaz de conter a crescente criminalidade que está se estabelecendo no seio de nossa sociedade. Evidenciando que apenas aumentar o rol de leis penais incriminadoras ou recrudescer as penas daquelas já existentes de nada tem contribuído.

Aliás, tem contribuído apenas para o aumento da seletividade cruel, ou seja, contribui para que cada vez mais os indivíduos vulneráveis sejam punidos, ao passo que os poderosos continuam impunes.

Diante disso, evidencia-se que a adoção de um Direito Penal Mínimo, por meio do qual o Direito Penal apenas atue para proteger os bens mais importantes e necessários se mostra a medida mais eficiente a combater os problemas que vivenciamos, para que talvez, no futuro possamos construir um país mais justo para os nossos descendentes.

Ao vislumbrar perspectivas de futuro, Juan Carlos Ferré Olivé, Muguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito (2011, p.151-152) ponderam que:

A evolução histórica que aqui estamos desenvolvendo recorda-nos que para compreender o presente devemos levar muito em conta o passado. Estes precedentes históricos devem nos ajudar a traçar as linhas metras do que deve ser o direito penal. Da perspectiva do século XXI, a justificação histórica do direito penal é, pelo menos, duvidosa. Mas não podemos esquecer que no passado a sociedade somente era capaz de assumir um código unificado de valores éticos, que se refletiam diretamente na regulação penal. A mudança para o *pluralismo* e a *tolerância* vai acontecendo na sociedade e se reflete no sistema penal a partir do Projeto Alternativo de Código Penal alemão (*Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*) de 1966, cujos autores afirmaram — a pena é uma amarga necessidade em uma sociedade de seres imperfeitos como são dos homens. Somos conscientes de nossa imperfeição, e também da necessidade de contar com um sistema penal, pois até hoje a pena não pôde desaparecer de nossa sociedade. Portanto, deve-se procurar encontrar o fundamento e os limites em razão dos quais o Parlamento possa criar delitos e o Poder Judiciário aplicar as penas. As nos situarmos no marco de um Estado social de Direito, a pena deve estar fundamentada nos princípios básicos que sustentam este modelo de Estado. E os limites — muito mais importantes, por certo — devem derivar dos *Princípios constitucionais* e dos *direito humanos* consagrados internacionalmente.

Dito isso, vislumbramos que o Direito Penal ainda é necessário diante da imperfeição dos homens, no entanto, optando pela intervenção do Direito Penal apenas nas condutas mais lesivas à sociedade estaremos combatendo os crimes mais graves e combatendo a seletividade cruel que recai sobre parte estigmatizada da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes; MASSON Cleber. *Breves considerações sobre o furto e a receptação de semovente domesticável de produção*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/08/breves-consideracoes-sobre-o-furto-e.html>>. Acesso em: 24 de set. 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

DORNELLES, João Ricardo W. *Conflitos e Segurança – Entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38 ed. Petrópolis: Rio de Janeiro. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Saberes Críticos. Por que estamos indignados? Das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. “Escandinavização” ou “brasilianização” do mundo? Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/115112990/escandinavizacao-ou-brasilianizacao-do-mundo>>. Acesso em: 24. Ago. 2016.

_____. *Epidemia de roubos e homicídios atinge mais de 28 milhões de pessoas*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/epidemia-de-roubos-e-homicidios-atinge-mais-de-28-milhoes-de-pessoas/>>. Acesso em: 16 de set. 2016.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal*. Niterói: Editora Impetus, 2015.

HELENE, Paulo Henrique; HELENE, Fernanda Valério. *O Direito Penal do Estado “Inimigo”*. Florianópolis: CONPEDI, 2014: Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=275612d39c2aacdf>> Acesso em 23 de set. 2016.

HELENE, Paulo Henrique; SCHMIDT, Eveline Cristiane Batista. *Aumentaram-se as penas do ladrão de galinhas*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/08/26/aumentaram-se-as-penas-do-ladrao-de-galinhas/>>. Acesso em 20 de set. 2016.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. *Direito Penal Parte Geral*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANETAMENTO E TRIBUTAÇÃO. *Quantidade de Normas Editadas No Brasil: 25 Anos Da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCFIBPT.pdf>>. Acesso em: 10 de set. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza – *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA William Terra de Oliveira e BRITO Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANCHEZ, Jesús-María Silva – *A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SCHEERER, Sebastian. *A punição deve existir! Deve existir o Direito Penal?*. Tradução de Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. Ano 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.