

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

GISELA MARIA BESTER

ROBERTO CARVALHO VELOSO

DANI RUDNICKI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

C928

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Dani Rudnicki; Gisela Maria Bester; Roberto Carvalho Veloso – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-533-1

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Defesa jurídico-penal. 3. Infração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

Quinze trabalhos foram apresentados no GT 36 do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, em temas extremamente variados, mas, como se demonstrará, possuindo uma unidade quanto ao referencial teórico.

Eles versaram sobre o lugar do Direito Penal na democracia, desvendando as culturas do medo e do encarceramento; denunciaram os pilares racistas do sistema penal e analisaram as incongruências da aplicabilidade do princípio da insignificância. Verificaram como acontece a seletividade dos apenados e a relação entre a co-culpabilidade e sua inserção social. Buscaram saber como é ser mãe no cárcere, principalmente pelo desvelo de suas dificuldades, e quais as atualidades no que tange às medidas de segurança e aos tratamentos oferecidos a adolescentes. Também permitiram refletir sobre as tensões entre criminologias e suas intersecções com os feminismos e a Lei Maria da Penha, esta em balanço avaliativo após seus onze anos de vigência.

Foi, pois, uma tarde intensa e longa, preenchida com exposições interessantes e profundas, seguidas de debate com profícua troca de ideias. Mas não foram questões e debates isolados. Os estudos tiveram sustentação bibliográfica e empiria, porém entrelaçados por uma única linha teórica de sustentação: a criminologia crítica.

Mostra-se, assim, a pujança desta perspectiva em nosso País. Todavia, resta o desafio de aplicá-la na realidade da vida. A ausência de políticas criminais de Estado resulta em ações limitadas no tempo e no espaço, que não influenciam positivamente na vida diária das pessoas. Mesmo que denunciemos a cultura do medo, reconhecemos os dados que mostram a insegurança na vida cotidiana do país e assumimos que precisamos atuar em relação a ela. É necessário que a Academia, sobretudo os criminólogos críticos, utilizem seus conhecimentos para propor políticas viáveis e eficazes a fim de controlar a criminalidade e garantir, se possível, um Direito Penal, no mínimo, vinculado aos ideais iluministas da clássica tríade liberdade, igualdade e fraternidade.

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC/SC

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER/RS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS AVESSAS.

TOPSY-TURVY FUNDAMENTAL RIGHTS.

Simone Matos Rios Pinto ¹

Resumo

As soluções encontradas pelo Estado brasileiro em simbolicamente estender ao Direito Penal com seu poder coercitivo a solução de problemas sociais pela ótica da criminalização e da punição deve ser repensada. A ideologia dominante da ameaça punitiva e do encarceramento em massa em detrimento da liberdade se estende e se agiganta com justificativas que se alternam juntamente com o Poder dominante. Pretende-se neste artigo, com a metodologia de pesquisa qualitativa, estabelecer a crítica de que não se conquista a efetivação dos direitos fundamentais pela ótica da criminalização e da punição.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Efetividade, Direito penal, Poder, Simbolização

Abstract/Resumen/Résumé

The solutions found by the Brazilian State to symbolically extend to Criminal Law with its coercive power the solution of social problems from the perspective of criminalization and punishment must be rethought. The dominant ideology of the punitive threat and mass incarceration over liberty extends and enlarges with justifications that alternate with the ruling Power. It is intended in this article, with the methodology of qualitative research, to establish the criticism that the achievement of fundamental rights by the criminalization and punishment optic is not achieved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Effectiveness, Criminal law, Power, Symbolization

¹ Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora universitária.

1 INTRODUÇÃO

As doutrinas constitucionalistas que debatem a evolução dos direitos fundamentais e enfatizam as gerações ou dimensões de direitos como um processo evolutivo das relações humanas não descortinam os bastidores que elas refletiram e refletem no Direito Penal.

O reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais é o grande desafio da humanidade. Contudo, verifica-se no caso brasileiro a preocupação em criminalizar condutas em cada legislação que reconhece um direito. Neste cenário, criam-se mais tipos penais para o descumprimento com pena de restrição de liberdade. A garantia da liberdade, principalmente dos mais pobres, é suprimida e o Direito Penal permanece operante e excludente.

Este artigo propõe a análise crítica da inflação de tipificações feita de maneira transdisciplinar, em pesquisa qualitativa, dialogando com outras áreas do conhecimento como a filosofia, a sociologia e a psicologia. Propõe a discussão acerca das soluções encontradas pelo Estado brasileiro em simbolicamente estender ao Direito Penal, com seu poder coercitivo, a solução de problemas sociais pela ótica da criminalização e da punição.

2 A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL NAS DIMENSÕES OU GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Sem dúvida, os ideais franceses que desencadearam a revolução, no século XVIII, tiveram entre suas justificativas a de frear o poder punitivo irrestrito dos reis e da Igreja. A influência de Beccaria (2001), na obra *Dos delitos e das penas*, denuncia as desproporcionalidades das punições e a sua crueldade a ser aplicadas com semelhante severidade, como no exemplo de crimes de feitiçaria, heresia e blasfêmia. Os ideais do Iluminismo foram de suma importância para a reflexão do Direito Penal, sobretudo, sobre a desumanidade das penas, mas a Revolução Francesa foi um movimento burguês, que pretendeu assegurar direitos aos ricos e um engano para os pobres. A pretensa separação entre Estado e sociedade não se deu no contexto penal; o Estado desempenhou um papel de polícia investigativa e punitiva no combate aos atos tipificados como crimes. Os esquetejamentos em praça pública como punição

exemplar, no sentido de intimidação daqueles que não cumprissem as regras, enaltecendo o Poder, foi substituído pelo sofrimento interno das prisões até a morte daquele que não o suportasse.

A partir do primeiro marco da Revolução Francesa de liberdade, pretendia-se que o Estado se afastasse – “*Laissez faire, laissez aller, laissez passer*” –, para que a burguesia assumisse o Poder. E tão logo se viu que a liberdade só existiu para uma classe privilegiada, e que entre os pobres de *marré deci* a miséria se perpetuou em graus até maiores, desencadearam-se lutas sociais no século XIX e início do século XX, época em que se pediu socorro a um Estado provedor de base fortemente socialista. Nos dizeres de Sampaio (2004, p. 38): “[...] as liberdades burguesas não libertaram o homem proletário, de seus grilhões individuais e sociais, ao contrário, enraizava-os ainda mais no calabouço da servidão”.

O Estado Liberal, com ênfase aos direitos civis e liberdades individuais, trouxe um paradoxo: ao se admitir a liberdade de todos, não se assegurou a todos a sobrevivência na sociedade e em circunstâncias de crise; a solução encontrada foi excluir da prática social aqueles que não compartilhavam laços sociais comuns já impostos pelos comandos do capital, segregando o vírus da exclusão social em forma de intolerância. Cidadão para o Estado Liberal seria aquele que podia participar do jogo político como eleitor e representante político. Tanto é que a Constituição de 1824 estabeleceu a definição legal de cidadão vinculado à renda pessoal. Eram excluídos de votar para os cargos do legislativo os que não tivessem renda líquida anual a um *quantum* determinado, como se denotam os artigos 92 a 94¹.

A questão da definição de sujeitos de direitos de base liberal leva a abordagem do problema da tolerância na sociedade ao longo da história sob um ângulo que tem em consideração quais os indivíduos – e as razões pelas quais – são excluídos da sociedade. Até que ponto a sociedade ainda mantém o mentalismo da intolerância aos desfavorecidos economicamente.

Alguns avanços para o Direito Penal são inaugurados com a Constituição de 1824, como o princípio da irretroatividade das leis, intranscendência da pena, igualdade

¹ “Artigo 92. São excluídos de votar nas Assembleas Parochiaes – Os que não tiverem renda liquida anual cem mil reis por bens de raiz, industria, commercio ou empregos. [...]

Artigo 94. Podem ser eleitores e votar na eleição dos Deputados, Senadores e membros do conselhos de província todos os que podem votar na assembleia parochial. Exceptuam-se os que não tiverem renda liquida anual cem mil reis por bens de raiz, industria, commercio ou empregos.”

formal perante a lei, a previsão de cadeias limpas e bem arejadas, o que fez se refletir no Código Penal do Império de 1830.

Este excluiu a pena de morte para crimes políticos e ainda previu a reparação do dano à vítima estabelecida pelo próprio juiz criminal. São conquistas equacionadas ao Estado liberal, mas permitia-se a pena de galés e a pena de morte, mantendo sanções diferenciadas a escravos que tentassem fugir e àqueles que os ajudassem a insurgirem-se. Dos artigos 68 ao 307 são tipificadas 239 condutas típicas, a começar por crimes contra a integridade do Império. Percebe-se que o Estado penal se manteve forte e atuante ainda em tempos em que se pretendia abstenção estatal.

O Código de 1890, em seu capítulo XIII, tipificava, entre outras condutas, as direcionadas aos vadios e aos que praticassem a capoeira, apesar da abolição da escravatura, demonstrando que as raízes da criminalização se mantinham sobre sob a égide de punir os escravos e os menos favorecidos socialmente.

A crise do modelo liberal, sobretudo pelas transformações econômicas e sociais ocorridas no início do século XX, acelerada pelas novas formas de produção e pelo movimento da classe trabalhadora, resultou na busca de direitos sociais, culturais e econômicos como forma de reequilibrar a liberdade pela igualdade. Nesse contexto, os direitos fundamentais que são aclamados trouxeram também um agigantamento do Estado Penal legiferante. A cada conquista social produziu-se uma correspondente legislação punitiva e encarceradora. É como se o Estado tentasse encobrir toda erosão de direitos fundamentais a um tipo penal com a ideologia dominante por parte da ameaça punitiva. Assim, entrou em vigor o Código de 1940 e outras legislações especiais como o Decreto-Lei n.º 3.688/1941, tipificando as contravenções penais, entre outras legislações esparsas, confirmando a tendência brasileira de tipificar novas condutas sem se desenraizar das antigas, inflacionando o Direito Penal.

Na exposição dos motivos da parte especial do Código de 1940, destaca-se nos dizeres da fundamentação que um dos seus objetivos é manter-se em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar os tipos de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas que os progressos industriais e técnicos trouxeram, enriquecendo o elenco dos fatos puníveis.

Quando se abre o Código Penal de 1940, depara-se com vários títulos e capítulos com pretensão de proteger bens jurídicos, na verdade, porém, tendem a um utópico controle do Estado sobre a forma de vida em sociedade, como se o Direito Penal assegurasse uma sociedade perfeita, sem desvios.

Um exemplo de que as conquistas de direitos sociais implicam criação de tipos penais e que estes estejam a serviço do Poder dominante está na positivação dos direitos trabalhistas. Na exposição dos motivos do Código Penal de 1940, em relação ao capítulo que tipifica os crimes contra a “Organização do Trabalho”, claramente está demonstrado que a tipificação é uma resposta ao postulado dominante. O projeto do Código Penal começou a desenvolver-se no final do século XIX, com base liberal em que previa os crimes contra a liberdade do trabalho de maneira a elencá-lo como uma mercadoria da qual se podia dispor à vontade para atender a um objetivo econômico. O projeto inicial, elaborado em 1889, consagrava um título especial aos crimes contra a organização do trabalho sob o rótulo de crimes contra a liberdade do trabalho, classificando entre os crimes aqueles contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais (isto é, contra a liberdade individual). Previa que a lei devia deixar que cada um pudesse, com base nos próprios interesses, não intervir no trabalho, senão quando a livre ação de uns fosse lesiva do direito de outros. E ainda complementava o projeto que não se podia vetar aos operários a combinada abstenção de trabalho para atender a um objetivo econômico, e não podia impedir a um industrial que fechasse, quando lhe aprovesse, a sua fábrica ou oficina. O que se cumpria assegurar era o livre jogo das iniciativas individuais. Como o Código fora aprovado sob a égide de outra estrutura de Poder, a da Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, cuja maior características era a centralização do poder no Executivo, as justificativas dessa ideologia não foram aceitas, e houve uma reformulação dos tipos penais. A explicação está fundamentada, no item 66 da exposição dos motivos da parte especial, com outro critério de classificação, recusando o projeto anterior de anseios liberais. As justificativas mudaram de uma tutela exclusivista da liberdade individual, que deixava em plano secundário o interesse da coletividade para uma tutela legitimadora da intervenção do Estado na esfera econômica. No primeiro projeto, a greve, o *lockout*, todos os meios incruentos e pacíficos na luta entre o proletariado e o capitalismo eram permitidos e constituíam o exercício de líquidos direitos individuais. O que cumpria assegurar, antes de tudo, na esfera econômica, era o livre jogo das iniciativas individuais. A fundamentação posterior dispunha que semelhante programa se demonstrou errôneo e desastroso e que não havia mais viabilidade em face da Constituição de 1937, que proclamou que, para suprir as deficiências da iniciativa individual, se devia agregar o interesse da Nação. Complementava a fundamentação que, para dirimir as contendas entre o trabalho e o capital, foi instituída a Justiça do

Trabalho, tornando-se incompatível com a nova ordem política o exercício arbitrário das próprias razões por parte de empregados e empregadores.

Continua a exposição, no item 67, reformulando o conceito de greve e de *lockout* (isto é, a paralisação ou suspensão arbitrária do trabalho pelos operários ou patrões), que foram declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. A proteção jurídica já não era concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas, à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas, também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, era considerada ilícita e estava sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de Direito Penal. Nas classificações dos tipos que integravam o título dos crimes contra a organização do trabalho, alguns dispensavam o elemento violência ou fraude (artigos 201, 205, 206, 207 do Código Penal), cuja explicação era que eles, ou atentavam imediatamente contra o interesse público, ou imediatamente ocasionavam grave perturbação da ordem econômica.

Até os dias de hoje, esses tipos penais continuam no Código Penal, e com as mesmas justificativas, e a eles são somadas inúmeras outras condutas consideradas infrações penais. A intervenção do Estado no domínio econômico também foi consagrada na Constituição de 1988, a qual, porém, foi emendada várias vezes para atender aos anseios do capital e do mercado internacional, como no exemplo da Emenda Constitucional n.º 40, que retirou a limitação da taxa de juros a 12% ao ano, dando nova redação ao artigo 192, revogando todos os seus incisos e parágrafos, especialmente o parágrafo 3.º, que definia o crime de usura. Este, passível de ser praticado pelos donos do poder econômico, foi retirado do texto constitucional, levando a constatar-se que os interesses do capital, que são os interesses dos grandes detentores de poder, põem o Direito instrumentalizado à dominação destes. Retira-se o limite de 12% ano de juros, que embasariam um limite às instituições financeiras, que poderiam ser intimidadas pelo crime de usura, mas conservam-se os tipos penais do Código Penal e da legislação especial porque estes não incomodam os detentores do capital, são até úteis como forma de regulação e intimidação social.

O sistema jurídico penal funciona dentro de rígidos parâmetros de legalidade, sendo esta empregada para consagrar situações de exclusão, que deveriam ser corrigidas pela própria lei. O Judiciário, em muitos casos, acaba transformando-se em fonte da

discriminação social e da intolerância. Certos segmentos sociais só são considerados como agentes sociais quando enquadráveis pelo sistema legal na categoria de incriminados, culpados ou suspeitos. Direitos sociais positivados e não efetivados contribuem para que a massa desfavorecida sobreviva na clandestinidade e, nas lições de Barreto (1997), aqueles que por circunstâncias sociais e culturais não participam dos benefícios e garantias do sistema são considerados sujeitos de direito na medida em que tem somente deveres em relação à sociedade e nenhum direito. Verifica-se, então, como na tradição jurídica latino-americana nos processos inquisitoriais, herdados da Inquisição e no legalismo positivista, que a aplicação do princípio da legalidade termina em muitos casos por criar indivíduos mais iguais que os outros.

Sampaio (2004) observa que a realidade mostra que o mundo está cada vez mais dividido entre ricos e pobres, reduzindo-se a liberdade real progressivamente a uma aspiração de consumo. É como se o sucesso dos direitos civis e políticos dependesse do progresso no campo dos direitos sociais, direitos estes ligados a um mínimo existencial humano. Seriam necessidades humanas básicas, como habitação simples, educação e formação profissional e assistência médica básica. Sem esse mínimo, o homem não sobrevive na sociedade tida como *legal*, passando para a ilegal, hoje dominada pelo tráfico. Portanto, nesta inflação penal, pode-se afirmar que diante dela os cidadãos são todos criminosos, mas, que somente os vulneráveis são alcançados pelo Direito Penal e encarcerados. O Estado muda de liberal para o social e ainda evolui para o Estado Democrático de Direito. A conclusão que se repete é de que a sociedade não evoluiu em relação à aplicação do Direito Penal, seja qual for a opção do Estado; o sistema punitivo permanece operante e excludente.

De acordo com as reflexões de Clark:

O Brasil e os Estados em desenvolvimento possuem uma realidade sócio econômica caótica e perversa à maioria do tecido social, promovida pelas políticas econômicas genocidas, orquestradas por elites nacionais e estrangeiras em nome da ditadura do mercado e da democracia do dinheiro. As políticas econômicas de regulação são distanciadas dos compromissos sociais e econômicos ditados pelas Constituições econômicas além de reforçarem em bases pós-modernas, o antigo colonialismo. Aquelas ao esculpidas a ferro e fogo pelos donos do capital, multiplicando seus lucros em uma disputa desigual entre classes nos variados espaços sociais de poder. Contudo, a organização das forças sociais e o planejamento democrático poderão nos ajudar a engendrar caminhos para a extinção dos ciclos viciosos de ilegalidades, explorações e mortes. (CLARK, 2006, p. 247.)

Os direitos de terceira geração são definidos por Sampaio (2004, p. 293) como direitos de solidariedade e de fraternidade, surgidos como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração, não mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas, das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas. Após a Segunda Guerra Mundial, a solidariedade entre nações desconhece limitações de fronteiras, classe ou posição social. Pode-se identificar que as garantias pretendidas não se resumem na ótica do indivíduo, mas, sim, de um grupo como os direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Estes direitos compreendem o último postulado da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse avanço de respeito e proteção a outros direitos houve o consequente aumento dos tipos penais. A Constituição de 1988 amplia o foco de tutela penal tanto para os bens coletivos e transindividuais como na possibilidade de responsabilidade penal para a pessoa jurídica, nos crimes contra o meio ambiente. Novos institutos punitivos foram criados, como a própria *Lei de Crimes Ambientais* (9.605/1998), para que se alcance um desenvolvimento sustentável e um meio ecologicamente equilibrado.

Ainda se pode citar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que se apresenta como estatuto protetivo e punitivo e que, na prática, é muito mais eficiente como meio punitivo que protetivo, já que é comum a cena diária de crianças pelas ruas à mercê do acaso, desprotegidas, cena indiferente aos olhos dos cidadãos. Qual será o destino dessas crianças?

Na esteira da evolução dos direitos fundamentais, existem direitos denominados de quarta geração, compreendidos como avanços da ciência, especialmente da biotecnologia da clonagem humana (Lei n.º 11.105/2005), direito à informação universalmente assegurada com a revolução da tecnologia, que produziu impactos nas relações humanas, assegurando o direito à comunicação como participação de todos aos meios eletrônicos. A tecnologia permite a identificação para fins criminais e ainda o controle do governo de mapeamento genético de presos, com o advento da Lei n.º 12.654/2012, que possibilitou informações pessoais coligidas em sistemas eletrônicos de registros. Nessa expansão, os meios eletrônicos são postos ao Estado como meios de colheitas de provas, restringindo a intimidade, como a possibilidade de interceptação telefônica autorizada pela Lei n.º 9.296/1996, entre outras possibilidades como a escuta ambiental e uso excessivo de câmaras. Nos dizeres de Streck (1996, p. 14), “[...] sem os

devidos cuidados, o Estado investigador colonizará a nossa já tênue e devassada privacidade. Será um panóptico institucionalizado!”.

Outros identificam, nessa geração, o tempo dos direitos das mulheres de não discriminação com o controle da própria sexualidade, como a Lei n.º 11.340/2006, apelidada de *Lei Maria da Penha*. Nesta ótica, o crime denominado de *feminicídio* passou a integrar a lista como mais uma forma dos homicídios qualificados. Ainda na busca de se assegurarem direitos aos idosos, a Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) contém em seu corpo suas tipificações. Como bem ressalta Yarochevsky (2015, p. 80): “[...] a criação de novos tipos penais ou maior severidade na punição em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos”.

E há aqueles que defendam uma quinta geração, como se observa na doutrina de Bonavides (2004), entendida como paz, compaixão e amor por todas as formas de vida. Outras interpretações, como a de Tehrarian (*apud* Sampaio, 2004, p. 302), reconhecendo que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não se começar a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado. Marzaouki (*apud* Sampaio, 2004, p. 302) discorre que esses direitos são também identificados como oriundos de respostas à dominação biofísica, que impõe uma visão única do predicado *animal* do homem que conduz os clássicos direitos econômicos e culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo da beleza e medidas, que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos.

Ainda que não se possa fazer uma distinção clara entre gerações ou dimensões de direitos por não ser visualizada de forma estanque, misturando-se em todas as classificações, a expansividade dos direitos é sempre um problema para o sistema de distribuição de poder, o que faz recair no Direito Penal um ônus de assegurar-lhe a eficácia.

As gerações de direitos fundamentais refletem na legislação penal brasileira de maneira a inflacionar o sistema de condutas tidas como criminosas, cujos objetivos são a privação da liberdade e a preservação do sistema de multas ao Estado.

Quando se olha para a legislação penal atual vigente, construída ao longo da história e, sobretudo sob a égide de constituições de regimes totalitários, percebe-se que apresentar o conteúdo completo das tipificações, durante a graduação, é quase que uma tarefa impossível, tamanha esteja a sua quantificação.

Quando se lê o início da parte especial do Código Penal, começa-se a perceber que as condutas típicas dos crimes contra a vida são relativizadas quando o agente é o Estado. No período das guerras físicas, ou mesmo na ditadura, quando os homens se destroem por ideologias diferentes, vidas são retiradas e estupros são praticados sem se conseguir que os culpados sejam identificados. E ainda, nos casos de guerra não declarada oficialmente, mas, presente cotidianamente, não se busca a punição pelas chacinas praticadas em face dos adolescentes pobres da população. Como ilustrado por Dimenstein:

Queimados, distrito de Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, 1974. No clube da cidade acontecia um show musical. No meio da apresentação, oito adolescentes foram retirados à força do clube e enfileirados na esquina. Um grupo de homens baleou os adolescentes. Em seguida, os homens jogaram álcool e ataram fogo nos corpos. Muitos meninos ainda se mexiam enquanto o fogo consumia sua roupa e queimava seus corpos. No entanto, o mais impressionante é que os assassinatos cometidos em grupos de extermínio e mesmo autoridades policiais continuam impunes. (DIMENSTEIN, 1996, p. 67.)

Entre os casos de aborto permitidos pelo Código Penal de 1940, elenca-se o aborto no caso de estupro. É dizer que o Estado reconhece que seus homens praticaram e ainda praticam o estupro e, portanto, podem as mulheres abortar, sem nenhuma consequência penal, o que não fica claro é que se somente basta noticiar a ocorrência do estupro.

A respeito desse tema Hungria (1995) discorre que a permissão do aborto em caso de estupro se originou nas guerras de conquista, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados e deveriam, caso não interrompida a gravidez forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada. Certo é que ao permitir-se o aborto, não se sabe se quem se quer proteger-se realmente a mulher ou a impunidade do homem que pratica estupro.

Continuando a análise da parte especial do Código Penal, no que tange às lesões corporais, quando homens agredem homens, e aqui se refere a homens como gênero da espécie humana, incluindo também homens que agredem mulheres e vice-versa, é sinal de que há um conflito. O que faz, então, a legislação penal? Pretende a resolução do conflito com a pacificação das relações?

Os crimes de perigo tendem a proteger o quê? Parece aquele aviso que a mãe dá ao filho: “Não faça isto, porque, se fizer, algo pior pode acontecer”. E se algo pior acontecer, a punição será maior. E ainda há a classificação entre crimes de perigo

concreto e abstrato, sendo que nesta última classificação a doutrina tem entendido que tipificar a abstração é beirar à insegurança jurídica.

Nos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos, por trás da proteção da intimidade, há uma tipificação que pretende assegurar tal bem jurídico. Num contexto fático, quem viola correspondência e segredos está no meio daquele que é violado. Será que a melhor resposta sejam detenção e multa? Quem vai dar *notitia criminis* para expor ainda mais o fato?

Crimes patrimoniais elencam o rol dos mais praticados e não é justamente praticado por aqueles que não detêm o poder de consumo para integrar a sociedade consumidora? Até que ponto uma sociedade tão desigual contribui para essas condutas? Existe o imposto sobre grandes fortunas implementado como propõe a Constituição brasileira? A Constituição federal ainda pode ser classificada como norma programática? Qual é o nível da educação brasileira em relação ao respeito com a coisa alheia? Para onde vão os impostos dos brasileiros? Será que o desvio de verba de um hospital gera idênticas consequências que um furto de uma bicicleta?

Os crimes contra a organização do trabalho, já comentados acima, pretendem que se regulem normas de conduta no âmbito de paralisação. Até que ponto os trabalhadores podem ter seus direitos flexibilizados ainda quando se tem trabalho, porque este hoje está distante de grande parte que sobrevive na sociedade de maneira ilegal.

Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos não pode ser traduzido como falta de respeito ao próximo?

Em relação aos crimes contra a liberdade sexual, quantos são noticiados? Quantos estupros de mulheres pobres cometidos pelos atuais senhores feudais são praticados diariamente? Quem responde por eles? Alguns gatos pingados que têm problema mental e vitimizam por já ter sido vitimizados na infância desenvolvem problemas de saúde mental. A vítima não tem credibilidade na *notitia* e no processo, e a ideia capitalista é a primeira que vem a mente, “ela quer ganhar dinheiro” ou outro preconceito qualquer.

Sobre tráfico de mulheres e lenocínio, qual o debate no Brasil, antes de a novela da Rede Globo mostrar fatos similares? Será cena de novela ou vida real?

No campo dos crimes contra a família, o Direito Penal pretende criminalizar condutas de abandono. Existem inúmeros casos em que as mulheres que estão sós na criação dos filhos saem para trabalhar e deixam os filhos à mercê do acaso. Punição às

mulheres? E, posteriormente, aos seus filhos que possivelmente irão conhecer as drogas e o tráfico? Qual integrante da classe social se intimida com essas tipificações?

Os crimes contra a incolumidade pública mais uma vez são classificados como crimes de perigo, de maneira agora a proteger a todos dos perigos coletivos como incêndio, inundação e desabamento. Existem também os crimes contra a segurança dos meios de transporte e comunicação. O que realmente devia ser corrigido administrativamente é a péssima qualidade que as grandes empresas capitalistas oferecem aos consumidores.

Há que se considerarem os crimes contra a saúde pública, com vários tipos penais que buscam atingir pessoas físicas tidas como curandeiros, charlatães ou aquelas que comercializam produtos falsificados. Quem vive nesse contexto? Qual a classe que acredita e procura essas pessoas? Qual a qualidade da saúde que a Constituição garante como direito de todos? Para todas as perguntas sem respostas, aplica-se o Direito Penal.

Verificam-se também crimes contra a paz pública com delitos em desuso e a abstração do tipo quadrilha ou bando. E ainda há uma legislação especial que por vezes tem declarada sua não recepção, como nos caso dos crimes de imprensa, mas quantas convivem no ordenamento sem nenhum critério de validade, a exemplo das contravenções penais?

Entre as legislações especiais destaca-se a lei de tóxicos, responsável com os delitos patrimoniais pelo encarceramento em massa e ainda de maneira cautelar. Há uma hipocrisia social dos consumidores de classes privilegiadas que compram as drogas, mas ficam distantes da atuação policial.

É interessante que o reconhecimento dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que estabelece o limite contra o abuso de poder de toda atividade humana e como freio ao *jus puniendi* do poder estatal, é também fonte de uma produção legislativa punitiva com grande intensidade, daí a expressão *às avessas*.

Os direitos individuais e coletivos ligados ao direito à vida, dignidade, honra, liberdade, propriedade e segurança (classificados como de primeira geração), os direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social proteção à infância e assistência aos desamparados, assistência à invalidez (classificados como de segunda geração), e os de terceira geração, identificado como fraternidade, meio ambiente ecologicamente equilibrado entre outros, são direitos fundamentais que só são efetivamente respeitados nas sociedades em que os cidadãos permanecem participantes na construção de uma história. Direitos humanos, quando catalogados dentro da Carta

Constitucional, são tidos como direitos fundamentais, mas não basta o reconhecimento, tem-se que efetivá-los.

A Constituição federal como fonte de referência da hermenêutica e o Estado Democrático de Direito não se libertaram do DNA do Estado-Providência. E, diante da não implementação das políticas públicas, a repercussão dá-se como violência social. Ainda se admitem normas constitucionais programáticas, após mais de 28 anos de Constituição, mas as normas penais são de aplicação imediata e com uma eficácia plena em relação aos menos desfavorecidos, vulneráveis à atuação policial. O Estado preocupa-se mais em encarcerar do que fomentar educação, saúde e outros direitos, com boa qualidade. Segundo divulgação do Conselho Nacional de Justiça², são gastos em média R\$ 2.400,00 (Dois mil e quatrocentos reais) com cada preso e ainda se obtém um resultado negativo de ressocialização. Não que se defendem menos direitos aos presos, não é isso que se propõe, o questionamento gira em torno de que o sistema penal custa caro ao Estado e que as ações deviam voltar-se com eficiência a assegurar direitos conquistados, como educação de boa qualidade e em tempo integral.

Os direitos humanos devem ser reconhecidos a todos os homens e, mesmo, àqueles que cometam fatos típicos e cumpram pena privativa de liberdade. Assusta a perspectiva de naturalização da violência contra os criminosos ou suspeitos por estereótipo: os escravos, depois os afro-brasileiros, os favelados e moradores de periferia, adolescentes, entre outros de formação socioeconômica baixa. Não se podem coadunar argumentações de que os direitos humanos não devam ser respeitados em pleno século XXI, como relata Sampaio:

Muitos dos críticos aos direitos humanos não se preocupam em fornecer bases sólidas de justificação e suas posições, avançando apenas com argumentos favoráveis à segurança em face do crescente número de criminalidade violenta. Para eles, a defesa dos direitos humanos se confunde com a “proteção de bandidos”, esquecendo-se dos direitos humanos das vítimas. Quanto maior for o estado de desespero da sociedade, maior será a tendência a tolerar ou aceitar as violações de direitos humanos. Parece certo pensar que mesmo o mais vil assassino não pode ser despojado por condição dos seus direitos básicos nem se concilia com o Estado de Direito que os agentes estatais se nivelem aos criminosos, violando, por igual, os direitos humanos. (SAMPAIO, 2004, p. 38.)

² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 06.out.2017.

Os direitos fundamentais de quinta geração, compreendidos como amor e compaixão, ainda não obtiveram correspondência punitiva como os demais. É certo que não haverá correspondência típica ao não cumprimento. Amor e compaixão não se obtêm com a ameaça punitiva, mas, por que não integrá-los no Direito Penal como direito fundamental a ser respeitado? Para aqueles que entenderem que o Direito Penal não deve respeitar direitos fundamentais, a resposta será negativa. Enquanto isso se faça o convite a visitar uma penitenciária brasileira para a avaliação de que uma política de encarceramento em massa destrói a dignidade da pessoa humana, e que é no vácuo da presença Estado que as facções do tráfico se instalam e impõem seu comando dentro e fora dos presídios para aqueles que vulneráveis socialmente acabam sendo os destinatários das ações policiais e conseqüentemente das normas penais.

3 CONCLUSÃO

Constatações são de que todo avanço na conquista de direitos fundamentais, paradoxalmente, produziu uma legislação penal correspondente, desencadeando uma inflação legislativa punitiva. O Estado muda de liberal para o social, evolui para o Estado Democrático de Direito, e a aplicação do Direito Penal permanece sempre no papel de controle social dos menos favorecidos.

A seletividade do Direito Penal começa com o excesso de leis penais que enfraquece todo o sistema e ocasiona uma evolução anacrônica, aumentando o Estado de Polícia e conseqüentemente o acervo judicial. Quanto mais cresce o Estado de Polícia menos efetivo está o Estado Social.

Para se corrigir a legalidade cega dos operadores do Direito Penal torna-se necessário que este seja interpretado de forma a atender, não a uma legalidade formal, mas, também, buscar outras formas interpretativas de maneira a corrigir as distorções da mera legalidade. A interpretação positivista baseada na influência dos ensinamentos de Kelsen (1999), preso a um postulado de uma ontologia, não pode mais se sustentar porque não condiz com a realidade. A lógica da correspondência se “A deve ser B” ou da regra do *lícito e ilícito* diante de toda essa inflação legislativa deve ser equilibrada pelos operadores do Direito Penal. Se ainda se estiverem presos à técnica da subsunção do fato à norma, sem buscar a sua validade, a partir do caso concreto, estarão interpretando nos moldes liberais da igualdade formal do início de séculos passados. O

Judiciário penal não pode permanecer preso como instituição enraizada conservadora da positividade.

Outra possibilidade interpretativa se apresenta com os anseios do pós-Positivismo com a interpretação baseada também em princípios e, não mais, regras de lícito e ilícito, como no exemplo da mãe que esquece o filho no carro e este vem a óbito. Qual a interpretação do Direito Penal? No sistema brasileiro faz-se a interpretação: há causa de exclusão da ilicitude? Ou ainda há causa de isenção de pena? Mesmo na sociedade brasileira caracterizada pelo sistema de atos normativos, pode-se interpretar o caso pela busca do princípio da necessidade da pena. A questão é como uma sociedade deve autolegitimar-se e, não, permitir a sustentação de esquema de poder que acate ideologias como a do Direito Penal como resposta a problemas sociais. À medida que se incorporam novas figuras delituosas sem se discutir a descriminalização de outras, todas elas contribuem para a inflação legislativa penal e, conseqüentemente, para sua simbolização.

Observa-se que a aspiração dos direitos sociais para um tratamento privilegiado ao hipossuficiente econômico e socialmente não se concretizou. A igualdade formal que devia assumir uma concepção de igualdade material na consecução da máxima “tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade” também não se efetivou no Direito Penal.

As evidências retiradas de penitenciárias em todo país são de que o quadro de presidiários compreende pessoas com baixo índice de escolarização; núcleo familiar composto de mais de quatro pessoas e em relação a eles nem todos possuem trabalho fixo, incluindo o condenado; a grande maioria mora de aluguel e conhecem o judiciário apenas na seara criminal, como infrator pelo crime praticado. Nesta perspectiva conclui-se que a grande maioria dos presos é carente de direitos sociais básicos.

Na trílogia: liberdade, igualdade e fraternidade temos muito que avançar. É um projeto de caminhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 1990.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan- Instituto Carioca de Criminologia. 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.

BARRETO, Vicente de Paula. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 1997. Disponível em: <<http://www.e-ublicações.uerj.br/index.Php/quaestioiuris/article/view>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru: Edipro, 2001.

BICUDO, Tatiana Viggioni. **Por que punir. Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLARK Giovani. Política econômica e Estado. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas. 2006. p. 247.

DIMESNTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARLAND. David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista de direito penal**. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) –

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natascheradetz Lisboa *et al.* Lisboa: Veja, 1986.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Escuta telefônica e os direitos fundamentais: o direito à interceptação e a interceptação dos direitos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, v. 44, n. 228, out. 1996.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Reflexões de um criminalista**. Belo Horizonte, Editora da Letramento, 2015.

ZIZEK Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Cidade: Boitempo, 2014