

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
ASCES-UNITA
FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU**

DIREITO PENAL MÁXIMO: ADOÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

VIVIANE FERREIRA CALADO

**CARUARU
2017**

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
ASCES-UNITA
FACULDADE DE DIREITO DE CARUARU**

DIREITO PENAL MÁXIMO: ADOÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

VIVIANE FERREIRA CALADO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à faculdade ASCES, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Paula Rocha.

ORIENTADORA: PAULA ROCHA

**CARUARU
2017**

VIVIANE FERREIRA CALADO

DIREITO PENAL MÁXIMO: ADOÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___.

Presidente: Prof. Paula Rocha

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

A minha mãe querida e aos meus amigos, por estarem ao meu lado neste início de jornada como jurista. E ao meu namorado Joseph myke que me ensinou a gostar de direito penal...apulso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores da faculdade ASCES os quais me despertaram a vontade de entender e aplicar o direito em prol da sociedade, em especial a professora Paula Rocha, exemplo de jurista, e apoio no neste trabalho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apontar os estigmas da “clientela” do Direito penal e as consequências causadas quando se adota um sistema jurídico com requintes de vingança contra a parcela da sociedade a qual foi esquecida pelos direitos fundamentais de segunda geração.

Analisaremos e contextualizaremos as principais correntes do Direito penal máximo, a visão dos seus autores, assim como veremos os efeitos no seu campo de atuação.

A relevância desse assunto situa-se no momento em que a sociedade vive assustada pelos crescentes indicadores de violência e que, ao mesmo tempo, têm-se um sistema jurídico o qual não pune devidamente seus infratores fomentando, assim, a sensação de impunidade.

Logo, por esse quadro, imagina-se que adotar penas mais severas, abordagens policiais mais ofensivas e, principalmente, um judiciário que não reconheça a presunção da inocência como princípio fundamental, irá, inequivocamente solucionar os problemas de caráter criminológicos como um todo.

Apesar da idéia do direito penal máximo ser sedutora, é necessário ter esforços intelectuais voltados para um dos segmentos da criminologia, que é o criminoso em si e os motivos pelos quais o levaram a cometer tal delito e assim, finalmente, pensar em uma postura equilibrada quanto à proteção dos direitos e garantias fundamentais aos bens jurídicos reservados ao direito penal.

Olhando por esse espectro, e dando mais atenção a garantia de uma vida digna da sociedade como um todo, será notado que o direito penal pela perspectiva truculenta é ineficaz e as consequências são graves a curto e longo prazo.

Palavras-Chave: Direito Penal máximo, Garantias fundamentais, Equilíbrio, Estado social.

ABSTRACT

The aim of this work is to point out the stigmata of penal law "clientele" and the consequences when adopting a legal system with exacting revenge against the part of society which has been forgotten by fundamental rights of second generation.

We will analyse and contextualise the main currents of the maximum penal law, the vision of its authors, as well as we will see the effects in its field of action.

The relevance of this issue lies at the moment when society is frightened by the increasing indicators of violence and, at the same time, there is a legal system that does not punish its offenders properly, thus fomenting a sense of impunity.

Therefore, it is imagined that adopting severer penalties, more offensive police approaches, and especially a judiciary that does not recognise the presumption of innocence as a fundamental principle, will unequivocally solve the problems of criminological character as a whole.

Although the idea of maximum penal law is seductive, it is necessary to have intellectual efforts aimed at one of the segments of criminology, which is the criminal itself and the reasons why it led to such a crime, and thus, finally, to think of a balanced posture as to the protection of fundamental rights and guarantees to legal rights reserved for criminal law.

Looking at this spectrum, and paying more attention to ensure a worthy life to society as a whole, it will be noted that penal law from the truculent perspective is ineffective and the consequences are serious on short and long term.

Key words: Maximum penal law, Fundamental guarantees, Balance, social effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09.
Capítulo 1. O DIREITO PENAL MÁXIMO E SUAS PRINCIPAIS CORRENTES.....	11.
1.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL MÁXIMO.....	11.
1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GUNTER JAKOBS.....	13.
1.3 “ <i>FIXYING BROKEN WINDOWS</i> ”.....	15.
1.4 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA.....	17.
Capítulo 2. DIREITO PENAL BRASILEIRO NO CONTEXTO SOCIAL	21.
2.1 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	22.
2.2 CRIME NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL.....	25.
2.3 POPULISMO PENAL.....	29.
Capítulo 3. ADOÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO PENAL MÁXIMO.....	32.
3.1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESO AO ARBÍTRIO ESTATAL.....	33.
3.2 CONCAUSAS DETERMINANTES DA CRIMINALIDADE.....	35.
3.3 CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL MÁXIMO.....	40.
3.3.1 CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	41.
3.3.2 CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA.....	42.
3.3.3 CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA THE FIXING BROKEN WINDOWNS (TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS).....	45.
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47.
REFERÊNCIAS.....	50.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a temática da adoção de um direito penal mais agressivo, focando em abordagens, jurisdição e penalizações mais duras. As teorias que abordam este sistema jurídico, na maioria das vezes, também são condizentes com a dispensabilidade dos direitos e garantias fundamentais que, em nossa constituição, estão em local de destaque.

Nesse sentido, é que todos se consideram especialistas em criminologia e com o sonho de ver os índices de violência diminuírem e garantirem a segurança pública, apontam como solução para o problema a neopenalização.

Prova que demonstra a polêmica da matéria, é que todos se consideram especialistas no assunto e com o intuito de acabare com os altos indicadores de violência e garantirem a segurança pública, os meios de comunicação sempre apontam como alternativa o recrudescimento de penas já existentes

Acontece que, esquecem que o Direito Penal, o mais duro e importante dos ramos do Direito, depois do Direito constitucional, tem caráter estritamente subsidiário. Pois protege os bens jurídicos os quais estão fora dos alcances dos demais ramos.

O objetivo deste trabalho acadêmico é esclarecer não só para os legisladores e aos aplicadores diretos da lei, mas principalmente para a sociedade que não se pode usar o Direito penal como arma e que a dignidade da pessoa humana funciona de forma delimitadora dos poderes estatais, devendo estar presente principalmente no *ius puniendi*.

Para uma melhor compreensão da matéria, dividimos a estrutura deste estudo em três capítulos, a saber:

1. O primeiro capítulo trata dos contornos conceituais do Direito Penal máximo e seus diferentes autores e movimentos ideológicos que surgiram ao longo do tempo. Assim como demonstrará de onde surgem esses raciocínios voltados para o recrudescimento das penas.
2. No segundo capítulo, o objeto do estudo é alertar e explanar a falácia do Direito Penal Máximo e demonstrar em tela a sua ineficácia, assim

como, a caracterização de um Direito Penal simbólico: sem princípios, sem aplicação na sociedade, sem penas proporcionais e sem caráter ressocializador. Nesse cenário, também serão apontadas as consequências geradas ao olharmos para um delinquente como inimigo da sociedade.

3. O terceiro capítulo analisa a importância dos Direitos e garantias fundamentais e dá ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dessas ênfases, busca-se mostrar como respeito a vida digna em toda as facetas do cidadão, assim como na hora de puni-lo, mudará de fato a realidade a qual nos encontramos.

Nesse sentido, buscaremos a análise da matéria em seus aspectos mais controversos. Esse tema deriva de vários debates na sociedade, sendo discutido repetidas vezes nos juízos de primeira instância e tribunais. Portanto é um tema de ordem pragmática e de alta relevância, visto que, mexe no seio da sociedade a qual adota diversas posturas. Como juristas, a análise adotada será totalmente isenta de paixão ou qualquer outro tipo de sentimento de ordem pessoal.

1. O DIREITO PENAL MÁXIMO E SUAS PRINCIPAIS CORRENTES

Para uma boa parte da população, quando se discute criminalidade, é comum haver questionamentos sobre a instrumentalidade do Direito penal como meio de contraprestação à violência generalizada.

De fato, o Direito penal tem razão de ser para a proteção dos bens jurídicos de mais alto valor social, contudo, existem consequências advindas dos abusos da aplicação desmedida da pretensão punitiva estatal.

Vários estudiosos do Direito direcionam seus trabalhos para medir a eficácia do aumento de penas e a mitigação dos direitos e garantias fundamentais como forma de coibir a onda de violência globalizada acreditando ser possível uma salvaguarda por meio de um recrudescimento da postura das autoridades responsáveis pela aplicação de medidas punitivas.

1.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL MÁXIMO

Não apenas os estudiosos, mas também parte da população leiga acredita e exige das autoridades a criação de novos tipos penais e o aumento das penas aplicadas aos infratores. O objeto de estudo chama-se “Direito penal máximo” que também pode ser chamado de “eficientismo penal” ou ainda “movimento de lei e ordem”.

Como explica Rogério Greco, o pensamento do movimento lei e ordem, que é espécie do gênero “Direito Penal máximo”, deverá se preocupar com todo e qualquer bem jurídico, não importando seu valor social. Ou seja, o Direito Penal deveria funcionar como *Prima ratio*, e não como *ultima ratio*, ou seja, a solução primordial para a maioria dos problemas da sociedade, e ainda, que as garantias do indivíduo sujeito à persecução penal devem ser as mínimas possíveis com vistas a preservar a preponderância do Estado em face dos criminosos.

O raciocínio dessas linhas de pensamento conduz ao entendimento que todo comportamento que não pode ser tolerado socialmente seja duramente reprimido para que não volte a acontecer. Sendo assim, o pavor social seria uma justificativa para a mitigação de direitos e garantias constitucionais em busca da contenção da criminalidade. Sobre o ventilado, Rogério Greco disserta:

Nesse raciocínio, procura-se educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, fazendo com que comportamentos de pouca monta,

irrelevantes, sofram as consequências graves desse ramo do ordenamento jurídico. O papel educador do Direito Penal faz com que tudo interesse a ele, tendo como consequência lógica desse raciocínio um Direito puramente simbólico, impossível de ser aplicado.¹

Para a delimitação do conceito do objeto de estudo, é importante saber seus marcos iniciais. De acordo com Alberto Silva Franco, a corrente do movimento Lei e ordem surgiu nos Estados Unidos em meados dos anos 70 no século XX por uma série de fatores:

a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (seqüestro de pessoas abandonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo a mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc) que atormentam o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, onnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência para seu uso político.²

Portanto, as políticas do Direito Penal máximo começaram a ganhar força a partir do momento em que os setores mais privilegiados da sociedade estadonunidense foram diretamente atingidos pelos problemas sociais advindos da pobreza.

De fato, sabe-se que grande parte da população mundial vive num estado de insegurança generalizada, principalmente aquelas sociedades em que existe uma desigualdade causada pela concentração de renda.

O eficientismo penal busca neutralizar a periculosidade punindo severamente os comportamentos antissociais. Contudo, adotando-se esta vertente, os pacientes deste Direito mais rígido, estarão a mercê da vontade do legislador que a qualquer momento, direcionado pela vontade de uma minoria, poderá tornar qualquer comportamento com baixa periculosidade passível das rígidas sanções dessa

¹ GRECO, Rogério, *Direito Penal do Equilíbrio*, Ed. Impetus, 8ª edição, Rio de Janeiro, 2015. Pag. 15

² FRANCO, A. S. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.84.

corrente arbitrária que muitas vezes desconsidera a importância dos Direitos e Garantias fundamentais.

Outro ponto importante a ser destacado, é que o temor social provocado pelas transgressões recorrentes, muitas vezes é problematizado pela mídia. Uma informação seja verídica ou não, introduzida na coletividade sem a devida responsabilidade, torna-se contratempo para a resolução dos problemas advindos de um Estado de bem-estar social ineficaz.

Dessa forma, o Direito penal máximo não trará resultados significativos para a sociedade. Apenas tranquilizará uma sociedade acuada pelo medo de maneira simbólica como concluiu Rogério Greco quando afirma que o número excessivo de leis penais cria uma falsa ilusão de que os infratores serão penalizados, entretanto, somente contribui para enfraquecer o Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta da impunidade.

1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GUNTER JAKOBS

Uma das principais e mais duras correntes, que é espécie do gênero Direito penal máximo, é o Direito Penal do inimigo, desenvolvida e estudada por Gunther Jakobs.

Sem dúvidas, pode-se dizer que o direito penal do inimigo trata-se de uma das correntes de pensamento mais agressivas do Direito Penal. Segundo o autor, deveria haver uma distinção entre cidadãos e entre indivíduos considerados inimigos do estado. Aqueles seriam sujeitos de direitos e garantias que lhes são inerentes, estes, entretanto, seriam apenas considerados transgressores desprovidos de reconhecimento como sujeito de direitos.

Isto porque o autor acredita que o indivíduo rompe o laço com o estado quando insiste em delinquir; Segundo Jakobs, o autor dos ilícitos não mostra nenhum interesse em “andar na linha”.

Segundo o autor:

um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que o estado natural é um estado de ausência da norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como a luta excessiva. Quem

ganha a guerra determina o que é a norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.³

Sobre o que seria inimigo para Jakobs na lição de Cleber Masson:

Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.⁴

Essa linha de pensamento instrui que o estado deve agir de maneira diferenciada entre os cidadãos. Dessa forma, deverá haver um tratamento ao infrator que cometeu um “deslize” e ao indivíduo que se mostra satisfeito com o “mundo do crime”. Jakobs, em sua obra, aponta como exemplo de indivíduos que devem ser considerados como inimigos do estado, aqueles que atuam em atividades terroristas.

Em um estudo sobre a linha de pensamento de Jakobs, Manuel Cancio Meliá propôs:

Segundo jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: fato futuro), em lugar de – como habitual – retrospectiva (ponto de referência o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.⁵

Segundo a obra de Jésus-Maria Silva Sanches, existem três velocidades do direito penal. Para explanação, pode-se dizer que a consecução do direito penal do inimigo segue um rito que pode-se chamar de “terceira velocidade do direito penal”. Rogério grecco, sobre análise das velocidades do Direito penal de Silva Sanches, afirma:

A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, deve

³ JAKOBS, Guinther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal Del enemigo*, Madrid: Civitas p.40-41.

⁴ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, p. 162.

⁵ JAKOBS, Guinther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal Del enemigo*, p. 79-81.

ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais, ou processuais penais.

Numa segunda velocidade, temos o direito penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os juizados especiais criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da lei nº 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e penas de multa. Nessa segunda velocidade do Direito penal, poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

(...)

Embora ainda com certa resistência, tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar as penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).⁶

Por rápida análise, é possível concluir que o direito penal do inimigo nos termos da sua consecução penal, foge das diretrizes da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana não dando espaço para o contraditório e a ampla defesa para seus potenciais pacientes.

1.3 “*FIXYING BROKEN WINDOWS*”

Uma das teorias que é adepta do recrudescimento da pretensão punitiva estatal é a Teoria *fixying broken Windows* (consertando janelas quebradas). A teoria das janelas quebradas, de acordo com os ensinamentos de Daniel Sperb Rubin:

Em 1982, o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, publicaram na revista *Atlantic Monthly* um estudo em que, pela primeira vez, se estabelecia uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Naquele estudo, cujo título era *The Police and Neiborhood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade)*, os autores usaram a imagem de janelas quebradas para explicar como a desordem e a criminalidade poderiam, aos poucos, infiltrar-se numa comunidade, causando a sua decadência e a conseqüente queda da qualidade de vida.

Kelling e Wilson sustentavam que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não

⁶ Rogério, **Direito Penal do Equilíbrio**, Ed. Impetus, 9ª edição, Rio de Janeiro, 2015. Pag. 24-25

havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime.

Em razão da imagem das janelas quebradas, o estudo ficou conhecido como *broken windows*, e veio a lançar os fundamentos da moderna política criminal americana que, em meados da década de noventa, foi implantada com tremendo sucesso em Nova Iorque, sob o nome de 'tolerância zero'.⁷

Em síntese, Kelling e Wilson acreditavam o direito penal deveria tutelar todos os bens jurídicos. Nesse sentido, eles viam as práticas de infrações penais consideradas não tão graves como propulsoras de condutas ilícitas de alto grau de ofensividade.

Como por exemplo, na sociedade brasileira, é comum pessoas com boa conduta social, tirar fotocópia de livros, revistas, artigos e usá-las para estudos e como fontes de pesquisa. Tal conduta, apesar de que tal conduta não deva ser encorajada, pode, segundo a teoria das janelas quebradas, desencadear a prática do uso de cópias com fins econômicos, prejudicando fortemente os interesses do autor, pelo fato da primeira ser considerada adequada na sociedade. Como leciona Wacquant:

Aludida teoria acredita que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública, evita o desencadeamento dos grandes atentados criminais, restabelecendo um clima sadio de ordem, pois demonstra a existência de uma autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em outras palavras: "prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei."⁸

⁷ RUBÍN, Daniel Sperb. Janelas quebradas, tolerância zero da criminalidade. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3730>>, 2.fev.2003

⁸ WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. (Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, 2004, p. 244-245).

Em uma primeira análise, pode-se dizer que a teoria das janelas quebradas faz sentido e poderá trazer resultados, contudo, será pago um preço alto demais; haverá uma banalização do direito de ir e vir do cidadão, ou seja, haveria uma vulgarização do direito à liberdade; o erro dessa corrente trata-se de não ponderar de maneira sensata os bens jurídicos a serem tutelados.

O corpo do nosso ordenamento jurídico dispõe:

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

(...)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;⁹

Por fim, vale reafirmar que o objetivo desse trabalho acadêmico, é fazer uma crítica às medidas tomadas pelas teorias do Direito Penal máximo. Contudo, dizer que determinadas condutas não passíveis de tolerância social não devem ser tuteladas pelo Direito Penal, não necessariamente quer se dizer que ficarão impunes, pois existem outros ramos do Direito capazes de coibir a prática destes comportamentos.

1.4 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

Volta e meia, lamentavelmente, a sociedade vive casos de violência bárbaros os quais chocam a população. Tais episódios noticiados de maneira trágica a fim de atingir pontos de audiência pelos meios de comunicação criam um sentimento de insegurança na sociedade. Entre eles, o caso recente no Brasil foi o da jovem menor de idade estuprada no Rio de Janeiro que, segundo o Portal de notícias da Globo:

A jovem de 16 anos que foi violentada por, pelo menos, 30 homens, em uma comunidade da Zona Oeste do Rio de Janeiro, deu detalhes sobre as agressões que sofreu em depoimento à Delegacia

⁹ Legislação disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em 23 de agosto de 2016.

de Repressão aos Crimes de Informática (DRCI), ao qual a revista 'Veja' teve acesso.

A adolescente teria ido até a casa de um rapaz com quem se relacionava há três anos, no último sábado (21). Ela se lembra de estar a sós na casa dele e só se lembra que acordou no domingo (22), em uma outra casa, na mesma comunidade, com 33 homens armados com fuzis e pistolas. Ela conta no depoimento ao qual a "Veja" teve acesso, que estava dopada e nua. (...)¹⁰

De fato, trata-se de um crime chocante e fruto de diversos fatores sociais nos quais a nossa sociedade brasileira está inserida. O Ministério Público terá o dever de investigar o caso e o estado deverá punir os culpados de maneira proporcional à transgressão cometida. Na fórmula fixada por Nelson Hungria deverá o Estado “retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

O estupro coletivo, contudo, não está tipificado no Código Penal, existindo para este caso apenas o aumento de pena. Vejamos:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

(...)

Art. 226. A pena é aumentada

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;¹¹

O acontecimento, digno de repercussão, não se trata de um caso isolado. Apesar de ser um entre muitos, causou um grande sentimento de insegurança e amedrontamento na sociedade e principalmente em mulheres. Em razão disso, o Senado Federal, cedendo às pressões dos meios de comunicação de massa, aprovou um projeto de lei 618/2015:

¹⁰ Notícia disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>> Acesso em 1 de setembro de 2016

¹¹ Legislação disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 1 de setembro de 2016.

Uma vez o projeto de lei aprovado pelo congresso, o Código Penal irá prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas de um a dois terços do tempo de prisão além de estipular de 2 a 5 anos de reclusão para quem oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo, ou qualquer outro registro que contenha cena de estupro.¹²

Trata-se um caso prático e concreto de um Direito Penal de emergência. Quando a sociedade e os operadores do Direito discutem segurança pública movidos por paixão, no calor de uma indignação social e amedrontados pelos casos de violência, busca-se uma solução por meio da modificação da legislação penal e processual penal sempre em busca do aumento e da rápida aplicação da pena.

Essa corrente de pensamento do Direito penal máximo chama-se de Direito Penal de emergência. Consiste em propor uma “solução” com urgência para que não se repita o caso futuramente.

Nesse sentido, o crime e o clamor social e midiático dão impulsos para uma “legislação de emergência”. Em concordância com o ventilado, Ferrajoli disserta:

A alteração da fonte de legitimação constitui precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política ruptura ou, se prefere, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função penal. Esta concepção de emergência outra coisa não é que a idéia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. Ela equivale a um princípio normativo de legislação da intervenção punitiva: Não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculo e de garantias, mas a esta supraordenada. *Salus rei publica suprema lex*: a salvaguarda, ou apenas o bem do Estado, é a norma principal do ‘direito de emergência’ (Grundnorm), a lei suprema que impregna todas as outras, aí compreendidos os princípios gerais, e que lhes legitima a mutação.¹³

¹² Matéria disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1776904-projeto-de-lei-que-amplia-pena-para-estupro-coletivo-avanca-no-congresso.shtml>> Acesso em de setembro de 2016.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, Direito e razão, p. 649-650 (2002).

Sendo assim, é possível concluir que o Direito penal de emergência age em função de uma situação excepcional. Dessa forma, usa-se o Direito Penal como instrumento de uma contraprestação rápida por parte do Estado.

2. DIREITO PENAL BRASILEIRO NO CONTEXTO SOCIAL.

Um dos fenômenos da sociedade é a necessidade interação entre os indivíduos. O ser humano apresenta-se como um ser social, neste sentido, cria laços de comunicação e vivência com outros sujeitos de sua espécie através dos agrupamentos os quais ele está inserido.

Partindo dessa premissa, é imprescindível a criação de dispositivos capazes de manter a paz, o equilíbrio e a boa convivência entre os homens a fim de proteger os interesses coletivos, ou seja, proteger os bens jurídicos tutelados por aquele determinado grupo social.

Posto isso, têm-se o direito como o conjunto de regras e princípios que têm como escopo o direcionamento do dever ser da sociedade a qual a ele se submete. Sendo assim, o direito surge como um instrumento de controle social refletindo as características e anseios dos integrantes do agrupamento submetido a esse controle. Dessa forma, conforme citou Kant “direito é o conjunto de condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral de liberdade”.

Os bens jurídicos de mais alto valor social como a vida, o patrimônio, a fé pública, por exemplo, não podem ficar sem instrumentos de proteção páreos à alta carga valorativa que detêm. Com essa necessidade em mãos, o indivíduo aceita abrir mão da autonomia que lhe é inerente em troca de uma expectativa de salvaguarda prestada por um estado soberano.

O Estado, diante dessa necessidade, incumbido de soberania, terá o dever de proteção dos bens jurídicos de mais alto valor por meio de poderes conferidos à sua personalidade. Posto isso, surge uma necessidade de punir quem transgredir as normas de convivência impostas. Sobre o assunto, Beccaria dissera sobre a origem das penas e o direito de punir:

Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresenta a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então

selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra.

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação, e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.¹⁴

Partindo das premissas supracitadas é possível concluir que as leis penais são fruto da vontade política popular manifestada através da vontade do detentor de soberania, ou seja, o Estado. O objeto de estudo desse trabalho acadêmico passa a ser o direito penal como o grupo de regras e princípios norteadores do combate às transgressões sociais.

2.1 A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como Cleber Masson coloca em sua obra, pode-se conceituar o direito Penal como o conjunto de princípios e regras destinados a combater a infração penal mediante a imposição de uma sanção penal. Nesse sentido, Aníbal Bruno disserta:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e o conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada.¹⁵

¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição Ridendo castigat mores. Pag. 26-27. Livro disponível em <www.ebooksbrasil.com>.

¹⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 11-12.

Com base no observado, é possível concluir que o conjunto de princípios e regras que formam o direito penal, reflete o ideal de justiça buscado em cada sociedade. Posto isso, o início da história do direito penal anda passo a passo com a história da humanidade e o aperfeiçoamento da pena ao longo dos anos é fruto do crescimento intelectual e cultural dos indivíduos. Mesmo cada comunidade sendo dotada de características que lhes são peculiares, é possível perceber a semelhança no caráter retributivo da sanção penal. Na lição de Aníbal Bruno, a pena se dá:

Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso das relações humanas, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.¹⁶

A maior parte dos estudiosos considera que a evolução da sanção penal passou por três fases: vingança divina, vingança privada e vingança pública. A vingança divina estava presente numa sociedade consubstanciada pelo medo da ira divina. Para a sociedade primitiva os princípios e as regras norteadores do direito vinham sempre fundamentados na vontade alguma divindade. A aplicação das penas era feita pelos sacerdotes dotados de soberania para representar os Deuses. Sobre essa fase na fase da história da pena, Cleber Masson se coloca da seguinte forma:

Pelo fato de que para esses povos a lei tinha origem divina e, como tal, sua violação consistia numa ofensa aos deuses, punia-se o infrator para desagrar a divindade, bem como para purgar o seu grupo das impurezas trazidas pelo crime. Uma das reações contra o criminoso era a expulsão do grupo (desterro), medida que se destinava, além de eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, a evitar que a classe social fosse contagiada pela mácula que impregnava o agente, bem como as reações vingativas dos seres sobrenaturais a que o grupo estava submetido.

Destarte, o castigo consistia no sacrifício de sua vida. Castigava-se com rigor, com notória crueldade, eis que o castigo deveria estar em consonância com a grandeza do deus ofendido, a fim de amenizar sua cólera e reconquistar sua benevolência para com o seu povo.

¹⁶ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 10.

Destacava-se a pena de perda da paz: como a paz está sob a proteção dos deuses, a vingança tem o seu fundamento no preceito divino. Uma vez perdida a paz, o delinquente perdia a proteção do clã, ficando exposto à sua própria sorte.¹⁷

Já a história da pena na fase da vingança privada foi marcada pela autocomposição das partes. Dentro dos agrupamentos sociais existiam lides de ordem econômica, social e cultural. Os litígios eram resolvidos com a sobreposição da vontade da parte mais forte em relação à vontade dos mais fracos. A Justiça era feita com as próprias mãos. Sobre essa fase da evolução da pena, Cleber Masson conclui:

...imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e consequentes guerras entre grupos.¹⁸

Finalmente, com o passar dos anos, percebeu-se que a proteção aos bens jurídicos trata-se de uma questão de ordem pública, um interesse não só de um particular, mas sim um interesse da coletividade. Portanto, o estado assumiu para si a função garantista com o intuito de criar os mecanismos necessários para a consecução da pena. Nesse sentido, a fase da vingança pública está caracterizada na tentativa de melhorar o funcionamento do Direito Penal, dando ao Estado o poder de delimitar as transgressões prejudiciais a sociedade e puni-las de forma imparcial para buscar a igualdade entre os litigantes. Quanto a isso, Cleber Masson se colocou da seguinte forma:

Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nítido caráter público.

Os ofendidos não mais necessitam recorrer às suas próprias forças. A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente.

Cabia a uma terceira pessoa, no caso o Estado – representante da coletividade e em tese sem interesse no conflito existente –,

¹⁷ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. Volume 1. Ed. Método 9 edição. São Paulo. 2015. Pag. 124.

¹⁸ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. Volume 1. Ed. Método 9 edição. São Paulo. 2015. Pag. 125.

decidir impessoalmente a questão posta à sua análise, ainda que de maneira arbitrária.¹⁹

Hoje, no Brasil, o poder-dever de punir as transgressões está nas mãos do Estado soberano, sendo considerado crime o exercício arbitrário das próprias razões previstas no art. 354 do código penal brasileiro de 1940. Cabe a União legislar sobre as normas de Direito penal e processual penal. Já o poder-dever de investigar, julgar e punir estão nas mãos tanto da União quanto dos estados de acordo com as repartições de competências previstas na constituição da República Federativa do Brasil.

2.2 CRIME NA SOCIEDADE BRASILEIRA E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL.

A transgressão às normas de convivência, estabelecidas em Contratos sociais, é inerente à natureza humana. Cada sociedade, em seu tempo, ao se modo, de acordo com seus costumes, determina como deve proceder cada indivíduo. Como entendia o sociólogo Émile Durkheim:

O crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles.²⁰

No Brasil não poderia ser diferente. A criminalidade existe desde o Brasil Colônia, sendo o conceito de crime bem diferente do que é hoje. Afinal, o que é crime atualmente? Para respondermos esta pergunta é necessário saber de que prisma busca-se o conceito de crime. Se partirmos de um conceito material ou substancial, crime será a exteriorização de uma conduta que viola bens jurídicos penalmente relevantes, quanto a esse tema, Cleber Masson leciona:

Essa fórmula leva em conta a relevância do mal produzido aos interesses e valores selecionados pelo legislador como mercedores da tutela penal. Destina-se a orientar a formulação de políticas

¹⁹ MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. Volume 1. Ed. Método 9 edição. São Paulo. 2015. Pag. 126.

²⁰ DURKHEIM, É. As Regras do Método. Volume 1. Ed. Martin Claret. 9º edição pág. 82

criminais, funcionando como vetor ao legislador, incumbindo-lhe a tipificação como infrações penais exclusivamente das condutas que causarem danos ou ao menos colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico.²¹

Já na esfera de um conceito legalista, crime será tudo aquilo que a lei determinar como crime. Na Lei de Introdução ao Código Penal, é possível extrair-se um conceito genérico de crime legal:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.²²

Contudo, se seguirmos a linha de raciocínio do conceito analítico, crime será uma junção de elementos que darão o conceito de crime. Embora haja divergências entre doutrinadores, levando-se em consideração que o nosso Código Penal adota a teoria do finalismo, crime será o fato típico, antijurídico e culpável, nesse sentido Rodrigo Santos Emanuele:

Para a teoria finalista da ação, que foi a adotada pelo nosso Código Penal, será típico o fato praticado pelo agente se este atuou com dolo ou culpa na sua conduta, se ausente tais elementos, não poderá o fato ser considerado típico, logo sua conduta será atípica. Ou seja, a vontade do agente não poderá mais cindir-se da sua conduta, ambas estão ligadas entre si, devendo-se fazer uma análise de imediato no “animus” do agente para fins de tipicidade.

A hermenêutica jurídica foi desengessada com a teoria finalista, pois para esta permite-se avaliar a intenção do agente na sua conduta, avaliando se esta foi dolosa ou culposa, tornando tais elementos definidores do fato típico. Tornou-se possível, então, maiores interpretações na ação do agente.²³

A visão técnica do conceito de crime é imprescindível para o sistema jurídico vindo as escolas penais delimitarem ao longo do tempo. Tendo como premissa que

²¹ MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado. Volume 1.** Ed. Método 9ª edição. São Paulo. 2015. Pág.245.

²² Legislação disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm> Acesso em 23 de agosto de 2016.

²³ Artigo disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal>> acessado em 23 de agosto de 2016.

a ciência jurídica é algo dinâmico, o entendimento de crime é sem dúvidas de grande serventia para o regramento da conduta da sociedade brasileira.

Acontece que, numa sociedade como a brasileira, apesar da lei ditar à aplicação isonômica e equitativa para seus destinatários, por existir uma grande desigualdade social, a população tende a olhar como crime e requerer a aplicação da lei apenas sobre aqueles crimes cometidos contra as classes mais favorecidas. Observando-se o fato do maior poder de influência política das classe mais bem favorecidas.

Como Rogério Greco escreveu em sua obra “direito penal do equilíbrio”, existem duas etapas no processo de criminalização denominadas: criminalização primária e criminalização secundária. Na criminalização primária o estado delimita as condutas que serão consideradas ofensivas, proibindo-as por meio de uma imposição de uma pena. Já num segundo momento, quando em vigor as leis impostas pelo estado, surge a possibilidade de se levar a criminalização secundária, oportunidade na qual o Estado fará valer seu Jus puniendi, investigando, processando e condenando o transgressor a um cumprimento de pena.

Logo, o processo seletivo primário será dominado pela classe que exercer influência sobre Estado. Portanto, a lei no processo de criminalização primária será a positivação da vontade da classe dominante sobre a classe dominada. Já no processo de criminalização secundária, a classe mais fraca não terá as mesmas condições de defesa que a classe primária observado o fato de não ter as mesmas condições financeiras para custear uma defesa de qualidade. Nesse sentido, sobre a seletividade do direito penal, destacamos o brilhantismo de Zaffaroni

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: (a) as suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; (b) sua educação só lhes permite realizar ações toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e; (c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorrealiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social

de delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – com seu inesgotável combustível.²⁴

Nesse mesma linha de raciocínio, Michel Foucault se coloca da seguinte forma:

Seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo e em nome de todo mundo. Seria mais prudente reconhecer que ela é feita por alguns e se aplica a outros, principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que ao contrário do que acontece com as leis políticas civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma, que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada a desordem.²⁵

Quanto a esse mesmo tema, Leonardo Sica se posiciona:

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 Estados (se é que ambos estão distantes). Dados do conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciárias apontam que: 2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semianalfabetos; 95% são absolutamente pobres; 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo e furto.²⁶

E por fim, Maria Lúcia Karan disserta:

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 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 alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, 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 de dominação do poder.²⁷

²⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, v 1. Editora Revan. 4ª edição. 2011. p.47.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, Petrópolis: Vozes, 1975. p.229.

²⁶ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. P.51

²⁷ KARAN, Maria Lúcia. **Utopia transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, p. 72-73.

Outro ponto que é oportuno a ser tratado é que, a política criminal brasileira não é eficaz em combater os crimes, sejam eles cometidos contra as classes mais favorecidas, sejam eles cometidos contra as classes menos favorecidas. Como consequência disso, a coletividade vê suas expectativas frustradas quando não têm o seu conceito de justiça atendido. Assim como em outros países, tem sido essa experiência de muitos brasileiros, especialmente na periferia das grandes cidades.

Resultando dessa insatisfação, a população acredita que essa impunidade é fruto da baixa eficácia em atribuir ao estado o Jus puniendi. Logo, nos lugares em que é realidade essa situação, é comum a sociedade clamar por justiça através do recrudescimento das penas e trazer para si a responsabilidade de fazer justiça com as próprias mãos.

2.3 POPULISMO PENAL

No Brasil, volta e meia acontece crimes bárbaros que chocam a população. Os operadores das redes de televisão, as grandes influências na internet, os noticiários jornalísticos detêm uma grande capacidade de formação de opinião pública. Diante de um lamentável acontecimento de um crime violento esses meios de comunicação veiculam as notícias de forma sensacionalista a fim de conseguir atingir pontos de audiência.

Diante disso, a sensação de impunidade toma conta da sociedade que clama por medidas rápidas e eficazes para coibir esse tipo de prática delitiva. Para a maioria da coletividade, a violência será atenuada por meio do recrudescimento de penas e da dispensabilidade dos direitos humanos, conclui-se equivocadamente que a pena age como forma de vingança contra os delinquentes.

Pensa-se que os presídios são a solução necessária para retirar indivíduos causadores de problemas do convívio social. De fato, quando se retira criminosos violentos das ruas e os atribuem uma pena privativa de liberdade, pelo menos em tese não causaram mais problemas à segurança pública por um período de tempo.

Contudo, o populismo penal que clama por solução rápidas, não dá voz à real raiz do problema que é a ressocialização daquele indivíduo infrator e os cuidados necessários para que a sociedade como um todo não seja tomada pela necessidade de delinquir.

Uma das características peculiares do populismo penal será sempre soluções fáceis e rápidas para um problema que é complexo e existe desde o início da história da humanidade. Sobre o tema e com o brilhantismo que lhe é peculiar, o professor Luís Flávio Gomes disserta:

O que o Brasil está fazendo de errado em sua política criminal? Está cuidando dos efeitos e não das causas do problema. Sua política criminal tem sido guiada pelo populismo penal, que pode (e deve) ser focado como um discurso ou um movimento ideológico extremista, radical, com fortes componentes emocionais e irracionais, vingativos, que confia no rigor penal como (única ou tendencialmente única) solução para o problema da criminalidade (e da insegurança).

Alguns crimes, especialmente quando explorados e dramatizados midiaticamente, conseguem abalar emocionalmente a vida em sociedade, sobretudo quando o delito atinge pessoas indefesas (crianças, por exemplo) ou quando a maldade humana atinge patamares incríveis de irracionalidade e de desumanidade. Sobretudo nestes momentos de alto “stress” coletivo é que o populismo penal ganha mais força e mais evidência.²⁸

Consideramos a posição do professor Luíz Flávio Gomes acertada. O fato é que a sucumbência das autoridades ao clamor social da expansão legislativa em matéria penal não necessariamente apresenta uma melhoria na segurança pública.

Ademais, vale ressaltar a ineficácia das medidas tomadas sob pressão ocasionada pelo populismo penal. Segundo a pesquisa do professor Luís Flávio Gomes:

De acordo com os levantamentos realizados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2011, (publicado no Fórum Brasileiro de Segurança Pública), em 2009 o Brasil investiu R\$ 45,5 bilhões em segurança pública, sendo mais de R\$ 10 bilhões só em São Paulo. Em 2010, houve um aumento de 4,4% nesse investimento, alcançando-se a marca dos R\$ 47,5 bilhões.

O número total de presos (provisórios e definitivos) nos sistemas penitenciários que era de 90 mil presos em 1990, aumentou para 500 mil em 2010. Um crescimento de 450% e uma taxa de 258 presos por 100 mil habitantes (veja-se que a população brasileira neste mesmo período teve um crescimento de somente 26,7%).

Se consideramos apenas os presos definitivos, a situação é ainda mais alarmante. De acordo com o Anuário 2011, em 1938 o Brasil contava com uma taxa de 19,1 presos condenados para cada grupo

²⁸ GOMES, Luíz Flávio. Para onde vamos com o populismo penal? 2012. Artigo disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2017

de 100 mil habitantes. Já em 2009, essa taxa havia saltado para 242,5 presos por 100 mil habitantes, significando um crescimento de 1.169% em 71 anos.

Entre 1994 e 2009 o número de presídios construídos no país cresceu 253%, chegando a 1.806 estabelecimentos prisionais em 2009 (enquanto o número de escolas caiu 19,3%, conforme cálculo realizado pelo Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes, de acordo com dados do Ipea).

Ainda entre 2009 e 2010 houve um aumento no número de juízes de 3,2%, totalizando 16.804 magistrados em 2010, bem como de servidores da justiça, chegando a 321.963 também em 2010, conforme dados divulgados pelo CNJ. Com uma despesa total de R\$ 41 bilhões em 2010, houve um aumento de despesa com a Justiça entre 2009 e 2010 de 3,7%.

Investimentos no Judiciário, na segurança pública e no sistema penitenciário não faltaram no Brasil (nos últimos anos) e mesmo assim a violência não parou de crescer. É que estamos gastando muito dinheiro com os efeitos e não estamos prestando atenção nas causas. Estamos enxugando gelo com toalha quente.

Ninguém matou mais em 2009 que o Brasil em números absolutos, alcançando 51.434 homicídios dolosos (de acordo com os dados do Datasus — Ministério da Saúde). Com esse montante (26,6 pessoas a cada 100 mil habitantes), o Brasil conquistou a posição de 3º país mais homicida da América Latina e o 6º do mundo. Em 1979 tínhamos 9,6 mortes para cada 100 mil habitantes. Em 2009 pulamos para 26,6.²⁹

O Direito penal não é capaz por si só de sanar todos os males que afligem a sociedade. Cabe a criminologia estudar os fatos determinantes para o crime e os esforços políticos deverão se voltar a combater os problemas sociais e culturais resultantes da grande concentração de renda da sociedade brasileira. Cabe lembrar, que apesar do discurso do direito penal de emergência estar sempre sendo debatido, nossa constituição federal no seu Art. 60, § 4º, IV, veda expressamente a deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.³⁰

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. Mais juízes, mais prisões e mais violência. 2011. Artigo disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-dez-08/coluna-lfg-juizes-prisoas-violencia>> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

³⁰ Legislação disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

3. ADOÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO PENAL MÁXIMO.

As correntes do movimento Lei e ordem acreditam que o direito penal é eficaz e deve ser utilizado para combater todas as mazelas sociais. Ou seja, os doutrinadores do direito penal máximo acreditam que esse conjunto de regras e princípios deve ser usado a fim de efetivar a proteção de todos os bens jurídicos.

O seguimento dessas linhas de raciocínio vão em direção ao entendimento que todo comportamento que transgride as normas de conduta impostas socialmente seja duramente reprimido para que não volte a acontecer. Essas correntes de pensamento acreditam que a mitigação de direitos e garantias fundamentais é necessária, pois tem como premissa a efetividade de proteção aos bens jurídicos. Sobre o ventilado, Louise Trigo da Silva:

Quando se fala em aumento da criminalidade, o primeiro instrumento lembrado é o direito penal, conseqüentemente, como resposta a uma suposta violência globalizada, criam-se novos tipos penais, aumentam-se as penas e restringem-se cada vez mais as garantias fundamentais, colocando, certas pessoas, diante dos atos praticados, como “inimigos” do Estado.

(...)

Aludida teoria acredita que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública, evita o desencadeamento dos grandes atentados criminais, restabelecendo um clima sadio de ordem, pois demonstra a existência de uma autoridade responsável pela manutenção da ordem.³¹

Contudo, esquece-se que é imprescindível contextualizar os fatos e as condições do infrator para não apenas punir os crimes, mas entendê-los e evitá-los efetivamente. Sobre esse tema, Ivan Luiz da Silva coloca da seguinte forma:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que faça,os uma análise da estrutura social, na qual estamos inseridos, e das inter-relações entre seus participantes; só assim, portanto, poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa.³²

³¹ SILVA, Louise Trigo da. Algumas reflexões sobre o direito penal máximo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103>. Acesso em 22 fev 2017.

³² SILVA, Ivan Luiz da. Crime organizado – Aspectos jurídicos e criminológicos. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1998. p.31

Como Cleber Masson coloca em sua obra, pode-se conceituar o direito Penal como o conjunto de princípios e regras destinados a combater a infração penal mediante a imposição de uma sanção penal. Por sua vez, a criminologia segundo Guilherme de Souza Nucci é:

É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas, sobretudo às causas que levam a delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal.³³

Como supracitado nesse trabalho, o crime é algo inerente a sociedade e existe desde os seus primórdios. Portanto, trata-se de algo complexo devendo ser estudado a partir de uma visão mais detalhista que a criminologia pode oferecer. É necessário olhar para o fenômeno social a partir das causas que dão consequência a criminalidade.

3.1 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO SISTEMA DE FREIO E CONTRAPESO AO ARBÍTRIO ESTATAL.

Em meados do século XX, surgiu como uma resposta às barbáries cometidas na época do nazismo durante a segunda guerra mundial a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Os estudiosos dos direitos humanos acreditam que o holocausto poderia ter sido evitado se houvesse uma proteção internacional aos direitos e garantias fundamentais. Flávia Piovesan se coloca da seguinte forma:

Uma das principais qualidades da Declaração é constituir-se em parâmetro e código de atuação para os Estados integrantes da comunidade internacional. Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, a declaração consolida um parâmetro internacional para a proteção desses Direitos.³⁴

Sendo assim, a submissão do estado brasileiro aos direitos humanos encontra fundamento no condão de proteção a este tipo de abuso pelos detentores do poder.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de direito penal : parte geral : parte especial. – 5. ed. rev. , atual. e ampl. – são Paulo ; editora revista dos Tribunais, 2009. P. 60.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 5ª edição. Editora Saraiva. 2012. pag.44.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana está materializado como fundamento da República Federativa do Brasil assim como também é prevista nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Segundo o STF, a dignidade da pessoa humana é princípio supremo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Sendo a dignidade da pessoa humana um preceito interpretativo das normas constitucionais e infraconstitucionais, não é cabível ao estado sucumbir as necessidades básicas da população e por meio do clamor público ir novamente de encontro a estes institutos jurídicos. Na lição de Leonardo Sica:

Os ideais de igualdade, liberdade, justiça e os princípios corolários da dignidade humana possibilitaram, ao longo dos anos, a busca pela proteção dos direitos fundamentais e a participação, cada vez maior, do povo nas decisões políticas em prol dos direitos humanos e das garantias individuais. Desse modo, o jus puniend e o controle social formal vêm sofrendo interferências de princípios limitadores que regulam a atuação do Estado, amparados pela Constituição Cidadã de 1988 e de seu extenso rol de direito e garantias. Ancorado por limites consubstanciados nos sistemas jurídicos vigentes, o exercício do direito de punir do Estado Brasileiro, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, refletiu em uma intervenção estatal cada vez mais intensa na ordem jurídica, na sociedade e na economia. Nesse diapasão, o Direito Penal também sofreu influência desse novo modelo de Estado e passou a se desvirtuar de um dos princípios mais caros que o orientam, o princípio da intervenção mínima, em que o direito penal deve intervir na ordem jurídica e social somente quando os outros ramos do direito fracassam nesta função.³⁵

Acontece que, no Brasil a realidade é bem diferente dos textos constitucionais. Sabe-se que os Direitos humanos positivados na constituição não atingem o fim para o qual se destinam.

3.2 CONCAUSAS DETERMINANTES DA CRIMINALIDADE

³⁵ SICA, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas à prisão. São Paulo: Editora: Revista dos tribunais, 2002. pag. 66.

Com tudo o que foi visto até agora, é possível ver que a inflação legislativa desmedida não é suficiente para estabilização da paz social. É notável, portanto, que o aumento dos processos de criminalização serve apenas para tranquilizar uma sociedade acuada pelo medo.

Muitos estudiosos colocam como uma das principais causas para o alto número de crimes a omissão do Estado perante os marginais da sociedade e a grande desigualdade social. Sobre o tema, o professor Luís Flávio Gomes escreve:

O processo de degeneração das políticas públicas de “combate” ao crime violento no Brasil está mais do que evidente. Enxugamos gelo com toalha quente e giramos sempre em torno do mesmo ponto (mais policiais, mais viaturas, mais presídios etc.). As explicações das autoridades, quando cobradas, são sempre as mesmas (não mudam de clichê). Sempre mais do mesmo (sem nunca alterar a realidade da criminalidade). *Já não bastam reformas, necessitamos de revoluções. **Somente uma maior igualdade entre todos pode mudar o panorama trágico do nosso país no campo da criminalidade violenta (ou mesmo convencional ou clássica).*** (grifei).

(...)

A ótica correta de focar o tema é a da igualdade, não a do seu oposto, da desigualdade. Porque nem sempre a desigualdade gera mais delitos. Sempre, no entanto, a igualdade produz menos crimes violentos. Os números de alguns países são impressionantes, especialmente no que diz respeito aos homicídios e roubos. (grifei).³⁶

Quanto a este quadro, sabe-se que no Brasil diversos estudos se direcionaram para medir a proporção entre a desigualdade social e a influência nos números de delitos. Sobre isso, o professor Luiz Flávio Gomes que estuda profundamente o tema e coloca da seguinte forma:

A política criminal que mais êxito vem alcançando no mundo todo não é a vinculada com o capitalismo selvagem e/ou extremamente desigual (Brasil e EUA, por exemplo), sim, a realizada pelos países em processo de “escandinavização”, ou seja, de capitalismo evoluído, distributivo e tendencialmente civilizado (Suécia, Noruega, Holanda, Bélgica, Islândia etc.). O que eles estão fazendo? Estão levando a sério a premissa de que sem liberdade econômica não existe liberdade política. E que condição essencial da liberdade econômica é que o humano disponha de trabalho estável, com

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. Quanto mais igualdade menos crimes violentos. 2011. Artigo disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2017.

salário digno (aumento da renda per capita), depois de ter se preparado para o mercado competitivo por meio de um ensino de qualidade. (SIC)

Esses países estão revelando uma pista extraordinariamente clara no sentido de que quanto mais igualdade, menos delitos violentos. A ótica correta de focar o tema é a da igualdade, não a do seu oposto, da desigualdade. Porque nem sempre a desigualdade gera mais delitos. Sempre, no entanto, a igualdade produz menos crimes violentos. Os números de alguns países são impressionantes, especialmente no que diz respeito aos homicídios e roubos.³⁷

Figura 1: Tabela da criminalidade dos países processo de “escandinavização”:

Criminalidade nos países - Crimes violentos						
Países	Homicídios	Ano	Taxa de mortes por 100 mil. Hab	Roubos	Ano	Taxa de roubos por 100 mil. Hab
Noruega	111	2011	2,2	1.687	2010	34,7
Austrália	254	2012	1,1	14.582	2011	68,6
Holanda	145	2012	0,9	10.925	2010	66,3
Alemanha	662	2011	0,8	48.166	2010	58,7
Nova Zelândia	41	2012	0,9	2.032	2013	45,8
Suécia	68	2012	0,7	9.219	2010	98,6
Irlanda	54	2012	1,2	3.173	2009	69,3
Suíça	46	2011	0,6	2.853	2010	36,6
Japão	442	2011	0,3	3.673	2011	28,7
Canadá	543	2012	1,6	27.680	2012	82,7
Coréia do Sul	427	2011	0,9	3.994	2011	8,0
Islândia	1	2012	0,3	42	2010	13,2
Dinamarca	47	2012	0,8	12.802	2010	230,7
Bélgica	182	2012	1,6	23.803	2010	219,8
Austria	77	2012	0,9	4.310	2010	51,4
Cingapura	11	2012	0,2	394	2011	7,6
Eslovênia	14	2012	0,7	463	2010	22,6
Finlândia	89	2012	1,6	1.508	2010	28,1
Média de crimes nos países de capitalismo distributivo	179	-	1,0	9.517	-	65,1
ESTADOS UNIDOS	14.827	2012	4,7	354.396	2011	114,8
BRASIL	52.198	2011	27,1	1.087.059	2011	547,1

Instituto Avante Brasil; Eurostat 2013; Australian Institute of Criminology; Australian Bureau of Statistics; New Zealand Police National Headquarters; UNDOC; Statistics Canadá; Fórum Brasileiro de Segurança Pública

O número de crimes está relacionado com os registros policiais divulgados pelos respectivos países

FONTE: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>.

Quanto menos igualdade, mais crimes violentos. Essa regra vale, por exemplo, para os EUA e para o Brasil (guardadas as devidas proporções entre eles). Os primeiros possuem índice Gini de 0,45 (país bastante desigual). A média do indicador Gini dos 18 países acima selecionados é de 0,31. A falta de igualdade nos EUA explicaria sua maior taxa de homicídios (quase 5 vezes mais que a média dos demais países listados) assim como a incidência maior do delito de roubo (quase o dobro dos países elencados). O Brasil é mais desigual ainda que os EUA: 85º no IDH, tem renda per capita

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. Quanto mais igualdade menos crimes violentos. 2011. Artigo disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2017.

de USD 11.340, Gini de 0,519 (0,51: país exageradamente desigual, o que significa uma altíssima concentração de renda). Resultado: 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; para além de uma percepção exacerbada de corrupção (72º), é o 16º país mais violento do planeta e conta com 16 das 50 cidades mais sanguinárias do universo.³⁸

Figura 2: Tabela dos índices de desenvolvimento humano no Brasil:

País	IDH	PIB per capita	Gini	Posição no ranking da corrupção ¹	Homicídios (por 100 mil hab.)	Mortes no trânsito (por 100 mil hab.)	População carcerária	População carcerária (por 100 mil hab.)
	2012	2012	2005-2012	2013	2010-2011	2010	2011-2013	2011-2013
BRASIL	85º	USD 11.340	0,519	72º	27,1	22,0	548.003	274

¹ Total de 175 países - Países posicionados do menos corrupto para o mais corrupto

Instituto Avante Brasil; PNUD; Banco Mundial; CIA; Transparência Internacional; UNDOC; OMS; Internacional Centre for Prisional Studies.

FONTE: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>.

Hoje, apesar de não ser de maneira pacífica entre os estudiosos, o que se sobressai como principal motivo para a alta taxa de criminalidade é a baixa escolaridade, o consumo de drogas lícitas e ilícitas, desestrutura familiar, discriminação racial e social.

Rogério Grecco ainda sobre análise dessa temática coloca em sua obra “direito penal do equilíbrio” que os crimes cometidos no Brasil podem ser divididos em dois grandes grupos: As infrações penais cometidas por pessoas que pertencem as classes mais baixas. Essas são normalmente as infrações patrimoniais ou que ofendem a integridade física, a saúde ou a vida das pessoas.

Já a outra parcela da criminalidade não diz respeito a negligência do Estado em relação aos direitos e garantias fundamentais. Essa parcela de crimes é na verdade os crimes cometidos pelas classes de alto poder aquisitivo contra as classes mais pobres. Entre esses estão: o crime organizado, corrupção, tráfico de drogas entre outros.

O autor coloca que há uma diferença entre a criminalidade aparente, que é a praticada pelas camadas sociais mais baixas, e aquela outra cometida pelas

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Quanto mais igualdade menos crimes violentos. 2011. Artigo disponível em <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2017.

camadas mais altas da sociedade. Ele acredita que como regra, a primeira só existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública. Sobre o tema ele coloca da seguinte forma:

A incapacidade do Estado de fazer diminuir o abismo econômico existente entre as classes sociais permite o surgimento de um espírito de revolta que, com sua própria força, tenta, a todo custo, diminuir as desigualdades. O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social, ao contrário da outra, pior, cuja a raiz se encontra na índole, no caráter daquele que comete a infração penal.

(...)

Comparativamente, um homicídio praticado por alguém que se encontra desempregado, transformado em 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 de 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, como o seu prejuízo ao erário, causa morte de milhares, e não só de uma pessoa.

Mas como a corrupção não sangra, a sociedade tolera mais o corrupto do que o homicida. O corpo da vítima, ensangüentada, caída ao chão, choca muito mais do que cifras colocadas em um pedaço de papel.³⁹

Os dados apresentados ao longo do trabalho permitem concluir que apenas “investir” em segurança pública não basta. É necessário o desenvolvimento de políticas públicas capazes de prevenir a criminalidade. O Brasil é um país socialmente, moralmente e eticamente incapaz de tratar as causas dos altos índices de violência. Enquanto não cuidarmos das suas mazelas sociais não haverá medida de segurança pública que trate devidamente o problema.

Pelo menos em tese, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil garante em seu Artº 6 os direitos fundamentais de segunda geração que são: a Educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Acontece que o que se vê é uma acentuada desigualdade social e a displicência em relação aos Direitos sociais, os quais as políticas públicas para a

³⁹ GRECO, Rogério, Direito Penal do Equilíbrio, Ed. Impetus, 8ª edição, Rio de Janeiro, 2015. Pag. 163-164

sua garantia são ineficazes e praticamente inexistentes. Apesar dos princípios do mínimo existencial e dignidade da pessoa humana serem extremamente subjetivos é dever de o estado garanti-los.

Juridicamente falando, quando se fala em mínimo existencial, tem-se a idéia da necessidade da garantia por parte do estado e da sociedade de um parâmetro mínimo necessário para efetivação da dignidade de cada indivíduo. Ingo Sarlet leciona sobre:

é possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da ideia de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade.⁴⁰

Como Rogério Grecco cita é reduzir, e não eliminar a criminalidade tida como aparente a partir do momento que o Estado assumir sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais. No que diz respeito à criminalidade não aparente, praticada como regra, pelas camadas sociais mais altas, a questão em jogo é de caráter moral, não tendo o Estado condições para impor tais atributos às pessoas que não pensam no seu próximo.

Portanto, é possível concluir que a principal instrumento de controle social deve ser a mudança na própria sociedade através da disponibilização de condições favoráveis ao desenvolvimento do indivíduo enquanto cidadão.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DO DIREITO PENAL MÁXIMO

3.3.1 CONSEQUÊNCIAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Uma das espécies do gênero do Direito pena máximo foi o Direito Penal do inimigo que foi estudado e desenvolvida por Günter Jakobs e considerada a principal e mais agressiva corrente.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência 2015. Artigo disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>.

Segundo os trabalhos do autor, existe uma diferença entre cidadãos comuns e indivíduos considerados, em sua opinião, irrecuperáveis pelo o Estado. Aqueles seriam sujeitos de direitos e garantias que lhes são inerentes, estes, entretanto, seriam apenas considerados transgressores desprovidos de reconhecimento como sujeito de direitos e como pessoas. Isto porque o autor acredita que o indivíduo rompe o laço com o estado quando insiste em delinquir; Segundo Jakobs, o autor dos ilícitos não mostra nenhum interesse em “andar na linha”.

A raiz do problema do Direito Penal do Inimigo é quando se questiona: o que deverá ser considerado como fato capaz de desconsiderar o autor de um delito como sujeito de direitos e garantias fundamentais? Ou melhor, quem deverá ser considerado inimigo do Estado? Afinal, uma das propostas de Jakobs é desconsiderar uma presunção de inocência e antecipar a punição dos agentes, punindo-se, portanto, o indivíduo pela maneira que “conduz sua vida”.

Sendo assim, o presente trabalho acadêmico faz uma crítica ao Direito Penal do Inimigo por se tratar de um tipo penal que pune os agentes por meros pensamentos. Nesse sentido, Manuel Cancio Meliá se posiciona da seguinte forma:

O direito penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se estende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito Penal orientado com base na ‘atitude interna’ do autor.⁴¹

Já quanto ao que deverá ser considerado como fato típico? Existirá um consenso de quais condutas serão necessárias para desconsiderar um ser humano como pessoa em face de uma pretensão punitiva estatal? Quem determinará que alguma pessoa é considerada perigosa para a sociedade como um todo? Aqueles que forem detentores do poder de legislar por um determinado momento, poderão ditar os moldes de acordo com critérios de sua acepção política, religiosa e filosófica sem levar em conta, de fato, os interesses da coletividade. Como Rogério Greco bem se posiciona sobre a assunção de Hitler na Alemanha e seu projeto nacional-socialista sobre o tratamento dos estranhos à comunidade:

Com a assunção de Hitler ao poder, o partido nacional-socialista tratou, imediatamente, de começar a reorganizar, de acordo com

⁴¹ MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal del enemigo*, p. 100-101

seus critérios escusos, o Estado alemão, culminando, em 1944, com a edição do projeto nacional-socialista sobre o tratamento de *estranhos à comunidade*, que nos foi trazido à luz, recentemente, por meio de um trabalho incansável de pesquisa levado a efeito pelo professor Francisco Muños Conde, em sua obra intitulada *Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo*.

Tal projeto, considerado como um dos mais terríveis da história do Direito Penal, propunha, dentre outras coisas: a) a castração de homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados associiais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólotras, praticantes de pequenas infrações penais etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associiais e inúteis para a sociedade.

Na verdade, apontava determinadas pessoas como perigosas, a exemplo do que ocorria com os delinquentes habituais, e sobre elas fazia recair uma espécie de “tratamento”, que podia, segundo sua estúpida visão, curá-las, aplicando-lhes medidas de internação por tempo indeterminado, inclusive nos conhecidos *campos de concentração*, ou, quando fossem reconhecidamente entendidas como *incuráveis*, condenadas à morte, ou ainda, em algumas situações, utilizadas como *carne de canhão*, ou seja, aquelas pessoas que durante a Segunda Guerra Mundial eram colocadas no *front* de batalha.

Enfim, medidas que atropelavam o princípio da dignidade da pessoa humana, justamente por desconsiderá-la como pessoa, lembrando muito que Jakobs pretende fazer com o seu Direito Penal do Inimigo, desconsiderando o inimigo como um cidadão. (...) ⁴²

Por esse grave erro do Direito Penal deveremos nos abster de qualquer teoria que tenha como base a supressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, o grande motivo para que sejam positivados os Direitos e garantias fundamentais é livrar o cidadão do arbítrio estatal. Como observado, o Direito Penal do Inimigo se assemelha muito com o projeto nacional-socialista proposto por Mezger durante a segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, Zaffaroni leciona:

É certo que o Estado pode privar o indivíduo de sua cidadania, mas isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que possui o ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa implica essa privação

Assim, não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um indivíduo sem afetar a sua condição de pessoa, pois essa é incompatível com puras contenções, as quais só são admitidas quando passageiras ou diante de condutas lesivas,

⁴² GRECO, Rogério, *Direito Penal do Equilíbrio*, Ed. Impetus, 8ª edição, Rio de Janeiro, 2015. Pag. 26-27

em curso ou iminentes, que devam ser detidas a título de coerção direta⁴³

Portanto, os resultados dessa experiência ruim pela qual a Alemanha passou, serve, ao menos, para nos alertar que os Direitos e garantias fundamentais funcionam como um sistema de freios e contrapesos imprescindíveis na aplicação do *Jus puniendi* estatal.

3.3.2 DIREITO PENAL DE EMERGENCIA

De tempos em tempos, infelizmente, a população brasileira se choca com a repercussão de crimes bárbaros. A mídia sensacionalista noticia de maneira trágica a fim de atingir pontos de audiência e criam um sentimento de insegurança na sociedade.

Como já foi tratado no primeiro capítulo deste trabalho acadêmico, é comum as autoridades competentes cederem às pressões da mídia e da população chocada diante de um caso bárbaro. Como exemplo desse tipo de reação rápida por parte do Estado, José Nabuco afirma:

Um exemplo sempre apontado pela doutrina como uma manifestação do Direito Penal simbólico é a lei dos crimes hediondos. O crime de extorsão mediante sequestro, que era considerado por penalistas antigos como raro no Brasil, teve sua incidência aumentada, principalmente, por crimes contra pessoas notórias, ocorridos em 1989 e 1990. Com isso, uma sensação de insegurança foi criada, levando o legislador a editar uma lei repleta de imperfeições e inconstitucionalidades.

Apesar do seu rigor, não houve a diminuição desse crime. Ao contrário, a extorsão mediante sequestro, durante a vigência da redação original da lei dos crimes hediondos, atingiu índices bastante altos. A lei, portanto, não atingiu a finalidade para a qual foi instituída, mas deu à sociedade uma sensação de que uma resposta rigorosa estava sendo dada.⁴⁴

Quando a sociedade e os operadores do Direito discutem segurança pública movidos por paixão, no calor de uma indignação social e amedrontados pelos casos

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de derecho penal – Parte general. Buenos Aires: Editar. Pag. 33.

⁴⁴ FILHO, José Nabuco. Direito penal simbólico ou demagogia pura? 2010. Artigo disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29662/direito-penal-simbolico-ou-demagogia-pura>>.

de violência, busca-se uma solução por meio da modificação da legislação penal e processual penal sempre em busca do aumento e da rápida aplicação da pena.

Nesse sentido, o crime e o clamor social e midiático dão impulsos para uma “legislação de emergência”. Em concordância com o ventilado, José Nabuco Filho disserta:

o crime desempenha um papel emocional - quase catártico - na população. Desperta o medo, a ira e o desejo de vingança. Daí o Direito Penal ser um campo fértil para as propostas esdrúxulas, mais calcadas no emocional da população, que na busca efetiva de solução dos problemas criminais.

O Direito Penal desempenha o papel de proteção de bens jurídicos, como a vida, o patrimônio, a honra ou a liberdade sexual. Contudo, uma função desvirtuada do Direito Penal, é a chamada função simbólica, que em linguagem política nada mais seria que pura demagogia.

O Direito Penal simbólico, geralmente, se manifesta mediante propostas que visam explorar o medo e a sensação de insegurança. A intenção do legislador não é a real proteção dos bens jurídicos violados com o crime, mas uma forma de adular o povo, dizendo o que ele quer ouvir, fazendo o que ele deseja que se faça, mesmo que isso não tenha qualquer reflexo na diminuição da criminalidade. Assim, quando um fato ganha repercussão, surgem propostas de aumento de pena, de supressão de direitos, de criação de novos crimes, mesmo que essa não seja a melhor alternativa para a real solução do problema. Em tais casos, o importante para o legislador é dar uma resposta que satisfaça o sentimento emocional de uma população atemorizada.⁴⁵

Sendo assim, é possível concluir que o Direito penal de emergência age em função de uma situação excepcional. Dando apenas uma satisfação moral e fazendo a sociedade acreditar que este tipo de crime será coibido, ou seja, ilude-se a população. Dessa forma, usa-se o Direito Penal como instrumento de uma contraprestação rápida por parte do Estado surgida na necessidade rápida de “mostrar serviço”.

Outro perigo deste tipo de fonte para o Direito Penal consiste no fato de que os meios de comunicação são os grandes propulsores do medo causado na sociedade pelo cometimento de determinados crimes. Neste raciocínio haverá uma discricionariedade por parte do detentor midiático em manipular a sociedade e

⁴⁵ FILHO, José Nabuco. Direito penal simbólico ou demagogia pura? 2010. Artigo disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29662/direito-penal-simbolico-ou-demagogia-pura>>.

pressionar as autoridades competentes de acordo com o que lhe seja conveniente usurpando o interesse e as reais necessidades públicas.

Outro ponto que se pode destacar, é que uma medida por parte dos legisladores sob pressão, apesar de aliviar o ânimo de uma população fervorosa, não trará resultados significativos na contenção das reais causas no cometimento de crimes bárbaros. Isso porque, como já foram tratados anteriormente, os estigmas sociais são predominantemente a real razão para grandes índices de violência. Quando os órgãos do judiciário agem por impulso, não é levado em conta o tratamento dos fatos determinantes do crime.

À medida que não há preocupação em garantir o mínimo existencial para todos os cidadãos, o aumento desproporcional de pretensão punitiva estatal torna-se um problema insuperável e apenas paliativo para satisfazer o clamor público, aumentando ainda mais o caos da vida em sociedade.

3.3.3 THE FIXING BROKEN WINDOWS (TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS)

Os norte-americanos James Wilson e George Kelling em 1982 desenvolveram a teoria “the fixing broken windows” ou teoria das janelas quebradas que é uma política de segurança pública. Tal teoria tem como premissa a frase “a desordem gera mais desordem”.

Tal afirmação, como foi supracitada, tem respaldo no estudo feito por Kelling e Wilson que sustentava que se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fossem imediatamente consertadas, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas.

Logo, fez-se uma analogia da teoria das janelas quebradas com o ordenamento jurídico. Partindo dessas delimitações, os autores acreditam que punir todas as infrações, por menores que sejam, de maneira rápida e severa terão resultados significativos por não permitirem, em tese, a tolerância da desordem.

Acontece que, o direito penal tem sua razão de ser para intervir na proteção dos bens jurídicos de alto valor social. A tutela das pequenas bagatelas por este ramo pode causar uma inflação nos órgãos responsáveis pela consecução da pretensão punitiva Estatal e em decorrência disso, haverá o efeito contrário do que se almeja buscar, observando-se a ineficácia desses para cumprir as leis, gerando, logo, um aumento sensível

nos crimes que fazem parte da cifra negra (crimes que ficarão impunes e desconhecidos pelo Estado).

Não significa dizer que as transgressões de conduta social deverão ficar impunes, na verdade, o que se deve buscar é a resolução das lides pelos demais ramos do Direito, como Direito civil, administrativo, tributário entre outros.

O fato é que, a teoria das janelas quebradas fere o princípio da subsidiariedade do Direito Penal

Nas palavras de Santiago Mir Puig:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isto se pode conseguir por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais.

Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do Estado social, que deve buscar o maior bem social com o menor custo social. O princípio da “máxima utilidade possível” para as possíveis vítimas deve combinar-se com o de “mínimo sofrimento necessário” para os delinquentes. Ele conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal no tendente à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo assim o “princípio da subsidiariedade”, segundo o qual o Direito Penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a utilizar à falta de outros menos lesivos.⁴⁶

Outro princípio ferido por essa corrente de pensamento é o princípio da proporcionalidade que deve ser usado por todos os órgãos do Judiciário, nas palavras do STF:

Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito.⁴⁷

E nas palavras de Cleber Masson:

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta), e os órgãos da execução penal (proporcionalidade executória). Na proporcionalidade abstrata (ou legislativa), são eleitas as penas mais apropriadas para cada infração penal (seleção qualitativa), bem como as respectivas graduações – mínimo e máximo

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 89.

⁴⁷ HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a Turma, j. 28.02.2008.

(seleção quantitativa). Na proporcionalidade concreta (ou judicial), orienta-se o magistrado no julgamento da ação penal, promovendo a individualização da pena adequada ao caso concreto. Finalmente, na individualização executória (ou administrativa) incidem regras inerentes ao cumprimento da pena, levando-se em conta as condições pessoais e o mérito do condenado.⁴⁸

Logo, o princípio da proporcionalidade funciona como forte barreira impositiva de limites ao legislador. Sendo assim, fica concluso que a lei penal exagerada é ineficaz e não é capaz de proteger todos os fins aos quais se destina quando se excede na vida dos indivíduos em demasia.

⁴⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado. Volume 1**. Ed. Método 9ª edição. São Paulo. 2015. pag. 107.

CONSIDRAÇÕES FINAIS

Feita a explanação das correntes doutrinárias do Direito Penal máximo e analisando os motivos que levam a população clamar por medidas de segurança pública é inegável a precariedade no bem estar dos cidadãos.

Como supra ventilado ao longo deste trabalho, sabe-se que o crime é algo inerente à sociedade e existe desde os seus primórdios, tratando-se, portanto, de algo complexo que deve ser analisado a partir do detalhamento feito pela criminologia no estudo do crime como fenômeno social e as suas causas determinantes.

Feita essa observação, delimitou-se os crimes em dois grandes grupos que são: os crimes cometidos pelas classes de alto poder aquisitivo que têm como espécies: tráfico de drogas, crime organizado, corrupção, entre outros delitos que têm resultados devastadores em relação a sociedade como um todo.

Já o segundo grande grupo de crimes, são os cometidos pelas classes sociais mais baixas como: latrocínio, roubo, furto, entre outros crimes que chocam a população pela forma violenta que acontecem. Sendo esses crimes mais chocantes aos olhos da população, são os quais se pede o recrudescimento da pretensão punitiva estatal.

O primeiro grupo geralmente é intocável e decorre da má índole do indivíduo que o pratica, já o segundo grupo é decorrente da ausência de Estado social e a não efetivação dos direitos e garantias fundamentais de segunda geração.

Com a explanação de dados supramencionados é notável que a violência decorrente do segundo grupamento de infrações não será combatida apenas investindo-se em segurança pública, pois é necessário o desenvolvimento de políticas públicas capazes de prevenir a criminalidade.

O fato é que o Brasil é um país socialmente, moralmente e eticamente incapaz de tratar as causas dos altos índices de violência. Enquanto não cuidarmos das suas mazelas sociais não haverá medida de segurança pública que trate devidamente o problema.

Sendo uma concausa da criminalidade aparente (a criminalidade cometida pela negligência do Estado) um problema resultante da omissão estatal, não faz sentido reclamar uma política criminal que atente contra os Direitos Humanos que

como foram supracitados são um sistema de freio e contrapeso na aplicação do *ius puniendi* estatal sendo um princípio do Estado democrático de direito.

Sendo assim, tem-se como consequências da aplicação do Direito Penal máximo entre elas a desconsideração do humano como qualidade de pessoa como propõe Jakobs, além da mitigação do princípio da presunção de inocência ao punir os seus agentes pela maneira que “conduzem suas vidas”.

Já como consequência do Direito Penal de emergência tem-se o operador do Direito agindo em função de uma pressão social e por um clamor midiático em uma situação excepcional dando apenas uma satisfação moral e fazendo que a população acredite numa sensação de salvaguarda ilusória, usando-se o Direito Penal como instrumento de uma contraprestação rápida por parte do Estado com a premissa de “mostrar serviço” para a população. Além do fato da alta carga de poder de manipulação cedido aos detentores de propagação de informações, sendo permitidos a estes utilizar-se disso para balizar seus interesses em detrimento dos reais interesses coletivos.

Já na teoria das janelas quebradas que traz como premissa a punição do indivíduo por crimes de pouca monta com vistas a coibir crimes de maior relevância, têm-se como consequência a violação ao princípio da subsidiariedade do Direito penal, que consiste na teoria de que o Direito Penal só deverá tutelar os bens jurídicos que os demais ramos do ordenamento jurídico não fossem capazes de tutelar. Significa dizer que, existe uma banalização na utilização do mais duro ramo do Direito. Além da violação do princípio da proporcionalidade, que como supracitado nesta pesquisa acadêmico na fórmula de Néelson Hungria é necessário retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena na concreta personalidade do criminoso.

Portanto, como lecionou Greco, por essas consequências o caminho para alcançar essa salvaguarda será a partir do momento que o Estado assumir sua função social diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais na criminalidade aparente, observado os dados e a sua enorme influência nesse aspecto segundo os estudiosos.

No que diz respeito à criminalidade não aparente, praticada em regra pelas classes sociais mais altas, a questão em jogo é de caráter moral, não tendo o Estado condições para impor tais atributos às pessoas que não pensam no seu

próximo. Logo, os operadores do Direito Penal devem direcionar seus esforços para esse tipo de transgressão.

Portanto, é possível concluir que o principal instrumento de controle social deve ser a mudança na própria sociedade através da disponibilização de condições favoráveis ao desenvolvimento do indivíduo enquanto cidadão e que o Direito penal máximo não é eficaz e traz consequências desproporcionais aos seus poucos benefícios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; Slokar, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, v1. Editora Revan. 4ª edição. 2011. P. 47

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Edição Ridendo Castigant mores. Livro disponível em: www.ebookbrasil.com

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. P. 10

DURKEHEIN: É. **As regras do método**. Volume 1. Ed. Martin Claret. 9ª edição.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e razão**, p. (2002)

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, Petrópolis: Vozes.1975

FRANCO, A.S. **Crimes hediondos**, 5ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

GRECO, Rogério, **Direito Penal do Equilíbrio**, Ed. Impetus, 8ª edição, Rio de Janeiro, 2015.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V.

JAKOBS, Guinther. MELIÁ, Manuel Cancio, **Derecho penal del enemigo**, Ed. Madrid: Civitas, 8ª edição

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. *Contravenções abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. v.4.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**. Volume 1. Ed. Método 9ª edição. São Paulo. 2015

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. – 5ª ed. ver, atual. e ampl. São Paulo; editora revista dos tribunais, 2009.

PIOVESAN. **Temas dos direitos humanos**. 5ª edição. Editora Saraiva. 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado** – Aspectos Jurídicos e criminológicos. Belo Horizonte

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

Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. — 21. ed. atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2016.

ZAFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal – Parte general**. Buenos Aires: ed. EDITAR.

ARTIGOS

EMANUELE, Rodrigo Santos. **Teorias da conduta no direito Penal**. Disponível em: <http://wwwdireitonet.com.br/artigos/exibir/3538/Teorias-da-conduta-no-Direito-Penal> acessado em 23 de agosto de 2016.

FILHO, José Nabuco. **Direito Penal simbólico ou demagogia pura?** 2010. Artigo disponível em: <http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29662/direito-penal-simbolico-ou-demagogia-pura>.

GOMES, Luíz Flávio. **Para onde vamos com o populismo penal?** 2012. Artigo disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal> Acesso em: 21 de fevereiro de 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Quanto mais igualdade menos crimes violentos.** 2011. Artigo Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigo/116972842/quanto-mais-igualdade-menos-crimes-violentos>.

RUPÍN, Daniel Sperb. **Janelas Quebradas, tolerância zero da criminalidade.** Disponível em: <http://jusuol.com.br/revista/texto/3730>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência** 2015. Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>.

SILVA, Louise Trigo da. **Algumas reflexões sobre o direito penal máximo.** In: âmbito Jurídico. Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_arquivos_leitura&artigo_id=13103. Acesso em: 22 fevereiro de 2017.

WACQUANT, Loic. **Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da américa**, Revista Brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 46, 2004. P. 244,245.

SITES

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm

<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>.

<http://www.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1776904-projeto-de-lei-que-amplia-pena-para-estupro-coletivo-avanca-no-congresso.shtml>

DECISÕES

HC 84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.^a Turma, j. 28.02.2008.