

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

IÂMINA ENAJARA BACKES

**HIPERCRIMINALIZAÇÃO, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

IÂMINA ENAJARA BACKES

**HIPERCRIMINALIZAÇÃO, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Especialista William Dal Bosco Garcez Alves

Santa Rosa
2021

IÂMINA ENAJARA BACKES

**HIPERCRIMINALIZAÇÃO, TOLERÂNCIA ZERO E DIREITO PENAL DO INIMIGO.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

William Garcez

William Garcez (Jul 21, 2021 00:31 ADT)

Prof. Esp. William Dal Bosco Garcez Alves – Orientador

Adriano Nedel dos Santos

Adriano Nedel dos Santos (Jul 21, 2021 07:14 ADT)

Prof. Ms. Adriano Nedel dos Santos

Bruno Pugialli Cerejo

Bruno Pugialli Cerejo (Jul 21, 2021 08:42 ADT)

Prof. Ms. Bruno Pugialli Cerejo

Santa Rosa, 12 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família, que tanto me incentivou e esteve comigo durante minha trajetória de estudos e de vida. Apesar de todas as dificuldades encontradas sempre estiveram comigo, transmitindo confiança e força para seguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo incentivo, mas principalmente por me ensinarem a buscar meus objetivos com dedicação, coragem e força de vontade. Agradeço também por sempre acreditarem e investirem nos meus sonhos, pois nada seria possível sem a ajuda de vocês.

De igual forma agradeço ao meu irmão, por todo apoio nessa caminhada, tornou-se um exemplo para mim, dono do meu respeito e mais profunda admiração.

Sou igualmente grata a todas as outras pessoas que participaram junto da minha caminhada acadêmica e pessoal, auxiliando, de alguma forma, para que eu me tornasse a pessoa que hoje sou.

Não poderia deixar de agradecer também ao meu orientador, Professor William Dal Bosco Garcez Alves, pela orientação e disposição durante os estudos realizados. Guardarei sempre, com enorme carinho e consideração.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente colaboraram para a minha formação.

“A vida não é sobre metas,
conquistas e linhas de chegada. É sobre
quem você se torna nessa caminhada.”
Gisele Ferreira

RESUMO

Este trabalho abordará a hipercriminalização, a tolerância zero e o direito penal do inimigo, sob a égide do contexto social e jurídico. Delimitar-se-á a análise da criminalidade contemporânea frente ao processo de hipertrofia legislativa no sistema criminal. Ademais, buscar-se-á compreender a lógica de exasperação do preceito secundário do tipo penal como forma de política criminal estabelecida pelo Estado, avaliando os seus reflexos no cenário político, social, econômico e cultural, no intuito de entender qual é a relação da criminalidade contemporânea frente ao processo de hipertrofia legislativa e quais são os resultados dessa política, questionamento que estrutura a problemática deste trabalho. Para tanto, construir-se-ão aproximações conceituais e aferições relacionadas com cada aspecto ressaltado, buscando especificar as proposições que orientam o trabalho bem como explicar acerca da afinidade existente entre elas. O referencial teórico será desenvolvido por meio de uma pesquisa no intuito de materializar, didaticamente, a estruturação desses institutos, com o objetivo de analisar o contexto da hipercriminalização, da tolerância zero e do direito penal do inimigo, sob a perspectiva dos seus fundamentos, objetivos e ideologia, a fim de compreender sua lógica e elucidar seus significados e desdobramentos. A pesquisa reputa-se de extrema relevância, visto que o direito penal é um instituto base do sistema jurídico e se apresenta como um verdadeiro alicerce para a sociedade, na medida em que garante, em última razão, a efetivação das premissas básicas que orientam a vida do grupo e possibilitam a convivência harmônica dos cidadãos. O trabalho abordará os dados obtidos de maneira qualitativa por meio do método hipotético-dedutivo, obedecendo aos procedimentos funcionalista e estruturalista. Quanto aos fins, será exploratória e explicativa e os dados alcançados pela presente investigação serão ilustrados de maneira descritiva e explicativa. A divisão será feita em três capítulos: o fenômeno da hipercriminalização; a política penal da tolerância zero; o direito penal do inimigo. Buscar-se-á uma aproximação conceitual de cada instituto e a sua contextualização de acordo com a proposta do trabalho, demonstrando, por meio dessa lógica sequencial, os problemas advindos de se utilizar a criação demasiada de crimes e o enrijecimento da persecução penal como ferramentas para a solução de problemas sociais.

Palavras-chave: hipercriminalização – tolerância zero – direito penal do inimigo.

ABSTRACT

This work approaches hypercriminalization, zero tolerance and the criminal law of enemy, under the aegis of the social and legal context. The analysis of contemporary criminality will be delimited with regards to the process of legislative hypertrophy in the criminal system. Furthermore, it will seek to understand the logic of exasperation of the secondary precept of the penal type as a form of criminal policy established by the State, evaluating its effects on the political, social, economic and cultural scenario, in order to understand what its relationship facing the process of legislative hypertrophy is and what the results of this policy are, which is the question that structures the issue of the present work. Therefore, conceptual approaches and measurements related to each highlighted aspect will be built, seeking to specify the propositions that guide the work, as well as explain about the connection among them. The theoretical framework will be developed through research in order to obtain, didactically, the structuring of these institutes, in order to analyze the context of hypercriminalization, zero tolerance and the criminal law of enemy, from the perspective of its foundations, objectives and ideology, in order to understand its logic and elucidate its meanings and consequences. The research is considered to be extremely relevant, since criminal law is a base institute of the legal system and presents itself as a basis for society, also it guarantees, ultimately, the realization of the basic premises that guide the group life and enables the harmonious coexistence of citizens. The research is characterized as being theoretical, as it will sculpt the delimited theme using indirect documentation, whose technical procedure will be bibliographic-documental. The work will approach the data obtained qualitatively through the hypothetical-deductive method, following the functionalist and structuralist procedures. As for the purposes, it will be exploratory and explanatory and the data achieved by this investigation will be illustrated descriptively and explanatorily. The division will be made into three chapters: the phenomenon of hypercriminalization; the penal policy of zero tolerance; the criminal law of enemy. A conceptual approximation of each institute and its contextualization will be sought in accordance with the proposal of the work, demonstrating, through this sequential logic, the problems arising from using the excessive creation of crimes and the stiffening of criminal prosecution as tools for the solution of social problems.

Key words: hypercriminalization - zero tolerance - criminal law of enemy.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 O FENÔMENO DA HIPERCRIMINALIZAÇÃO | 12 |
| 1.1 A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO PENAL | 12 |
| 1.1.1 As vinganças no Direito Penal | 13 |
| 1.1.2 Direito Penal nos Povos..... | 15 |
| 1.2 A HIPERTROFIA DA LEGISLAÇÃO PENAL..... | 18 |
| 1.3 A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA..... | 22 |
| 2 A POLÍTICA PENAL DA TOLERÂNCIA ZERO..... | 28 |
| 2.1 O CRIME E A RESPOSTA SOCIAL..... | 28 |
| 2.2 REFLEXOS DA CONDUTA DELITUOSA..... | 33 |
| 2.3 REPRESSÃO UNIFORME DOS DELITOS | 36 |
| 3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO..... | 39 |
| 3.1 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL..... | 39 |
| 3.2 O INFRATOR COMO INIMIGO DA SOCIEDADE..... | 43 |
| 3.3 RESTRIÇÃO DE DIREITOS E POTENCIALIZAÇÃO DAS PENAS..... | 46 |
| CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS..... | 54 |

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho trata sobre a hipercriminalização, a tolerância zero e o direito penal do inimigo, com o objetivo de investigar esses institutos sob a égide do contexto social e jurídico, analisando a criminalidade contemporânea frente ao processo de hipertrofia legislativa no sistema criminal. Buscar-se-á compreender a lógica de exasperação do preceito secundário do tipo penal como forma de política criminal estabelecida pelo Estado e responder qual é a relação da criminalidade contemporânea frente ao processo de hipertrofia legislativa, bem como quais são os resultados dessa política, avaliando os seus reflexos no cenário político, social, econômico e cultural, o que configura a problemática da pesquisa.

Para tanto, construir-se-ão aproximações conceituais e aferições relacionadas com cada aspecto ressaltado, buscando especificar as proposições que orientam o trabalho bem como explanar acerca da afinidade existente entre elas. O referencial teórico será desenvolvido por meio de uma pesquisa com o intuito de materializar a estruturação desses institutos.

O objetivo da pesquisa é analisar o contexto jurídico e social dos elementos sob a perspectiva dos seus fundamentos, finalidades e ideologias, visando compreender sua lógica e elucidar seus significados e desdobramentos. Construir-se-á, por meio de estudo doutrinário, uma síntese que proporcione uma melhor compreensão dos institutos. Ainda, buscar-se-á estabelecer a relação entre a previsão teórica e a efetivação prática de cada instituto no contexto do Estado e do direito, e por meio das asserções obtidas desenvolver uma aproximação conceitual que possa ser identificada nos dois contextos, construindo uma visão que possa contribuir com o debate e a pesquisa dos assuntos abordados, de forma a desmistificar a elaboração de conceitos vagos e imprecisos sobre o tema.

O trabalho reputa-se de extrema relevância, sendo que os estudos que versam sobre a temática do Direito Penal, hodiernamente, estão em constante debate, figurando com frequência as mesas de discussões políticas, acadêmicas e sociais. O direito penal é um instituto base do sistema jurídico constituindo um verdadeiro alicerce para a sociedade, na medida em que garante, em última razão, a efetivação das premissas básicas que orientam a vida do grupo e possibilitam a convivência harmônica dos cidadãos.

A política criminal utilizada pelo Brasil (se é que, realmente, podemos falar que o país tem uma política criminal definida) não está estruturada de forma objetiva, sendo que é difícil vislumbrar que todo o processo caminha para um único objetivo, ou mesmo que se tenha um objetivo pré-definido. Grande parte do processo de criação legislativa ocorre em situações antagônicas pelas quais o Estado passa, representando muito mais uma resposta a esses acontecimentos do que as finalidades intrínsecas da matéria.

O processo de estigmatização do direito penal como sendo a principal “ferramenta/peça de reparos dos problemas que assolam a sociedade” precisa ser desconstruído. Cabe ao operador de direito trabalhar para que se consiga abstrair a verdadeira essência que a lógica penal traz ao sistema, dando a matéria, o verdadeiro reconhecimento frente ao papel que desempenha.

Dessa forma, pretende-se promover a análise e reflexão acerca da hipercriminalização, da tolerância zero e do direito penal do inimigo frente ao processo de hipertrofia legislativa no sistema criminal, de forma que estimule a comunidade acadêmico-científica e demais operadores do direito e das ciências sociais a despenderem sua atenção para este assunto tão importante.

A pesquisa será teórica, utilizando-se da documentação indireta e do procedimento bibliográfico-documental, dando ênfase à doutrina jurídica e às publicações acadêmicas cujo conteúdo contemple as pretensões dessa investigação. O trabalho abordará os dados obtidos de maneira qualitativa, analisando-os de acordo com o método hipotético-dedutivo, por meio do qual elaborar-se-á um conjunto de conjecturas baseadas no atual cenário político, jurídico e social, no sentido de elucidar e informar, objetivos almejados por esse trabalho. Para auxiliar o método principal, utilizar-se-á, também, o método histórico, a fim de dar suporte na construção da fundamentação teórica do trabalho.

A pesquisa obedecerá aos procedimentos funcionalista e estruturalista e, quanto aos fins, será exploratória e explicativa. Os dados alcançados pelo estudo serão ilustrados para a academia e demais leitores interessados de forma descritiva e explicativa, com o intuito de esclarecer e instigar o debate acerca do seu campo conceitual e da sua incidência prática no mundo jurídico.

A divisão será feita em três capítulos: o fenômeno da hipercriminalização; a política penal da tolerância zero; o direito penal do inimigo. Buscar-se-á uma

aproximação conceitual de cada instituto e a sua contextualização de acordo com a proposta do trabalho.

Ainda, durante o seu desenvolvimento, pretende-se reconstruir o contexto de estruturação do direito penal, bem como tratar acerca da hipertrofia da legislação penal. Abordar-se-á também a legislação penal simbólica.

Ademais, explanar-se-á o crime e a resposta social, que trata acerca de um retorno imediato aos anseios da população, promovendo a criação ininterrupta de leis e tipos penais. Abordando-se ainda os reflexos da conduta delituosa e a repressão uniforme dos delitos.

No último momento abordar-se-ão as velocidades do direito penal, isto é, primeira, segunda e terceira velocidade. De igual forma, procurar-se-á, resumidamente, formular uma análise e interpretação do infrator como inimigo da sociedade e, por fim, a restrição de direitos e a potencialização das penas.

1 O FENÔMENO DA HIPERCRIMINALIZAÇÃO

É notório que a quantidade de crimes vem crescendo exponencialmente nos últimos anos, fenômeno que não é exclusivo do Brasil, repetindo-se ao redor do mundo. Quando se fala no crescimento da quantidade de crimes não se faz referência, tão somente, ao aumento da prática delitiva, mas, quer-se apontar, também, o fato de que diversas condutas “novas” têm sido tipificadas na legislação penal, o que resulta em um número expressivo de delitos nos diplomas legais, o que, doutrinariamente, caracteriza o fenômeno da hipercriminalização.

Abordar-se-á em um primeiro momento a estruturação do direito penal, fazendo um apanhado histórico acerca desse instituto. Em um segundo momento apresentar-se-á a hipertrofia da legislação penal. Em um terceiro, e último, momento, abordar-se-á a legislação penal simbólica.

1.1 A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO PENAL

A história do Direito Penal faz parte da história da humanidade, de maneira que foi um dos primeiros direitos a se materializarem no seio social. Ele acompanha o homem através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, jamais dele se afastou. (DAHER, 2012).

Apesar de se apresentar como instrumento correccional do Estado, pode-se dizer que o seu nascimento formal se deu com uma natureza dúplice: ao mesmo tempo em que representava uma punição aos indivíduos que contrariavam o ordenamento jurídico e o Estado com suas condutas, era, também, uma garantia de certeza acerca da resposta punitiva que teriam, a qual não mais ficaria vinculada aos prazeres e vontades do detentor ou detentores do poder político da época.

Nesse sentido,

[...] como primera aproximación que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas. (GASCÓN ABELLÁN, *apud* FISCHER, 2010, p. 2).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar, sim, que o direito penal é uma garantia dos próprios indivíduos, garantia de saber as consequências de seus atos, saber pelo que hão de responder, não sendo a pena um instrumento de materialização de vontades ou ponte para atingir finalidades diversas das que legitimaram a sua ascensão no meio social.

Desde o começo da humanidade existe a ideia de punição das pessoas que se comportam de maneira prejudicial às outras ou que agem contrariamente à moral e aos bons costumes. Assim, o Direito Penal nada mais fez do que constituir uma forma de aplicar estas punições, e foi evoluindo com o passar do tempo e com as transformações de comportamento e de pensamento da sociedade. Deste modo, é possível dizer que o Direito Penal surgiu com o próprio homem e evoluiu juntamente com ele. (JOLO, 2013).

Diante disso, para ser possível compreender além do direito penal é necessário conhecer sua história e todas as modificações sofridas ao longo do tempo.

1.1.1 As Vinganças no Direito Penal

As primeiras ideias de punição e moldes sancionatórios foram manifestadas durante um momento que ficou registrado pelas “vinganças do direito penal”, período esse que é dividido em três fases, sendo elas, respectivamente, a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública.

Conforme preceitua Roberto José Daher,

No início da civilização, a pena nada mais foi do que uma vingança, pois de uma forma natural, aqueles indivíduos revidavam a agressão sofrida. Eles viviam conforme seus instintos, não se preocupavam se era justo ou não o que se estava fazendo, nem se havia algum tipo de relação ou não com o ato praticado. (DAHER, 2012, p. 22).

Nessa transição, o poder de punir passa, no último estágio, a ser competência do Estado, e vai se modificando de acordo com cada realidade. Durante o período da vingança privada, quando ocorria um crime, a resposta ao mesmo se dava por uma reação da vítima. Nessa época, agia-se desproporcionalmente à ofensa, sendo atingido não só o agente causador do delito como também todas as pessoas que com ele conviviam. O que prevalecia nesse contexto era o talião (olho por olho,

dente por dente) e a composição. Na realidade, não se tratava propriamente de uma pena de talião, mas de um instrumento moderador da pena, a primeira noção de proporcionalidade entre a ofensa e a punição advinda dela. Ou seja, significava aplicar proporcionalmente ao agente ofensor o mal que foi causado à vítima. (JOLO, 2013).

Destaca-se que a adoção do talião constituiu uma evolução no direito penal, visto que houve um maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor. Conforme nos ensina Meister,

[...] a Lei de Talião vem pôr limites a uma desenfreada escalada de vingança desproporcional dentro do contexto histórico [...]. Ao contrário da impressão inicial, o texto de Êxodo que registra a Lei de Talião [...] não ensina ou estimula a vingança violenta, mas traz um princípio regulador dentro das sociedades e culturas em desenvolvimento naquela época. Assim, sendo um preceito de caráter moral com aplicação civil, a Lei do Talião vem responder a uma necessidade urgente de disciplinar as relações sociais diante da pecaminosidade humana. Este princípio desenvolveu-se em princípio universal que pode ser verificado amplamente em códigos penais das nações modernas. O conceito é o de que a punição por um determinado crime ou delito não pode ser fora da proporção do ato cometido, ou seja, não se pode tomar vida por dente ou mão por olho e assim por diante. É o princípio da proporcionalidade entre o crime ou mal causado e a pena do crime ou retribuição do mal. Logo, o que muitos entendem ser um ato de vingança pura e simples é, na verdade, um ato de retribuição necessária, tanto como punição para o indivíduo que comete o crime quanto para o ambiente social, visando prover meios para a reeducação do criminoso e também inibir outros delitos. (MEISTER, 2007, p. 62-63).

Na sequência, em virtude da forte influência que a religião exercia na vida dos povos antigos, surgiu a vingança divina. Nesse período, o Direito Penal foi influenciado pela religiosidade, pois havia uma cultura e crença de que se deveria reprimir o crime como uma satisfação aos deuses pela conduta delituosa realizada no meio social. (JOLO, 2013).

Nesta época, a punição, por um encargo divino, era aplicada pelos sacerdotes que conferiam penas de forma severa, cruel e desumanas com o intuito maior de ocasionar advertência para a sociedade. Trata-se do Direito Penal religioso, que tinha como finalidade a purificação da alma do ofensor, através da aplicação de uma sanção.

Já a vingança pública, último estágio dessa evolução, passou a ser praticada pressupondo um maior desenvolvimento das sociedades, mas o seu conteúdo ainda era permeado pela influência religiosa. O poder punitivo passou a ser exercido

também pelo monarca, segundo o seu arbítrio, mas em nome de Deus. (JOLO, 2013).

A finalidade que se tinha nesse período era intimidar todos aqueles que tivessem intenção de cometer o mesmo delito já praticado por outro. A pena de morte era uma sanção largamente divulgada e aplicada por motivos que hoje carecem de importância. Apesar do ser humano viver aterrorizado nessa época, devido à falta de segurança jurídica, verifica-se o avanço no fato de a pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado.

A evolução percorrida pela sanção penal nesses três contextos (vingança privada, vingança divina e vingança pública) teve um papel importantíssimo no sentido de estabelecer limites ao exercício do poder punitivo e trazê-lo à competência do Estado.

1.1.2 Direito Penal nos Povos

Apesar de a evolução das formas punitivas no contexto da vingança ser apresentada de forma genérica (sem especificar as particularidades com que ocorreu em cada demarcação geográfica e o seu tempo), não se pode olvidar que os elementos culturais de cada povo e cada época, suas particularidades, também influenciaram na forma como o direito penal se desenvolveu no seu seio, trazendo grandes contribuições para o seu estudo e aperfeiçoamento.

No Direito Romano, a exemplo da justificação proposta pela vingança divina, a pena utilizada era de caráter sagrado, onde as figuras do soberano e do sacerdote se confundiam. A pena era aplicada para acalmar a ira dos deuses, uma vez que tudo o que acontecia naquele período, sendo bom ou ruim, era da vontade dos deuses. (DAHER, 2012).

Conforme Ana Flavia Jolo,

A partir desse momento, aboliu-se o período das vinganças e os crimes passaram a ser divididos em crimes públicos e crimes privados. Os crimes públicos eram aqueles que traziam algum mal à sociedade e eram punidos pelo Estado, enquanto os crimes privados eram aqueles cometidos contra os particulares, cuja punição ficava a cargo deles mesmos, sendo que o Estado apenas regulamentava estas punições caso fosse necessário. (JOLO, 2013, p. 4).

O Direito Romano contribuiu para a evolução do Direito Penal, bem como no ordenamento jurídico pátrio, com o ensinamento dos princípios penais, por exemplo, sobre o erro, a culpa, dolo, imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes e legítima defesa. (JOLO, 2013).

O Direito Germânico, diferentemente do Direito Romano, tem como característica principal o fato de ser baseado nos costumes (direito consuetudinário), e deste modo não era um direito escrito. Ademais, nesse período o direito era visto como uma ordem de paz, cuja sua violação incidia em um rompimento dessa ordem, sendo possível ser pública ou privada, segundo a natureza do delito, e sujeita, portanto, a repressão. Ainda, destaca-se que o Direito Germânico foi um dos primeiros a valer-se de uma política criminal de forma consciente para penalizar o agente criminoso. (JOLO, 2013).

Já no Direito Canônico, por sua vez, se propagou a questão de igualdade de todos os homens, sendo destacada a subjetividade do crime, contrapondo-se, dessa forma, ao sentido meramente objetivo da ofensa, que era o que prevalecia no período do Direito Germânico. Nesse sentido, posicionava-se opostamente a pena capital, pois compreendia-se que o indivíduo necessitava se arrepender do mal que praticou, para assim se converter. Aliás, no tempo do Direito Canônico também se destacava a oposição às ordálias e aos duelos judiciais, buscando introduzir as penas privativas de liberdade e suprir as penas patrimoniais, sendo possível permitir o arrependimento por parte do réu bem como a sua ressocialização. (JOLO, 2013).

O período Humanitário, que também ficou conhecido como Século das Luzes, se caracterizou por uma ampliação do domínio da razão em todas as áreas do conhecimento humano. Nesse contexto, surgiram muitos pensadores que eram adeptos ao desenvolvimento do uso da razão para conduzir a ampliação da vida em seus diversos aspectos. Em meio aos conceitos apresentados nesse período, alguns influenciaram diretamente o Direito Penal, constituindo uma nova compreensão frente às punições aplicadas aos infratores. (JOLO, 2013).

Já o Iluminismo, que foi responsável por reformas significativas nas leis, equivale à emancipação do homem à autoridade, legados bem como o convencionalismo. Tratando-se de um sistema de conceitos que deu origem ao liberalismo burguês, adquirindo ênfase por meio do movimento cultural desse tempo. Assim, motivou-se um novo sistema de ideias, o pensamento moderno, que refletiria até mesmo no tocante a aplicação da justiça. (DAHER, 2012).

O Direito Natural, por sua vez, tratava acerca dos princípios inseparavelmente ligados à essência humana, que servem de fundamento ao Direito Positivo. Os princípios que constituem o Direito Natural são basicamente o respeito à personalidade do próximo, dar a cada um o que lhe pertence e fazer o bem. (DAHER, 2012). O Direito Natural é espontâneo, se origina da própria natureza social do homem.

No Brasil a evolução do direito penal acompanhou, sobretudo, o reflexo das ações políticas, que eram diversificadas e correspondiam a determinado período. No que diz respeito ao Período Colonial, os povos que habitavam na região ainda viviam de maneira consuetudinária, dessa forma, quem ditava o comportamento social eram os anciões que transmitiam seus conhecimentos, carregados de misticismo, que eram seguidos de geração a geração. (JOLO, 2013).

No período do Código Criminal do Império o país sofreu uma mudança radical na sua realidade, pois esse contexto trouxe como uma de suas consequências o fato de que a partir daquele momento o Brasil deveria ser regido por regras próprias, inovadoras e condizentes com a realidade vivida na época, o que ficou claro na criação da Constituição de 1824. Em consequência de determinada inovação o Brasil criou o Primeiro Código Penal Brasileiro, sendo aprovado e promulgado em 1830.

Ademais, o Código Penal Brasileiro de 1830 vigorou por bastante tempo, visto que passou por um processo de amoldamento em conformidade com as mudanças da realidade social ao qual se encontrava submetido. (JOLO, 2013). Entretanto, ocorreu que essa legislação não resistiu ao advento da Abolição da Escravatura em 1888, dessa forma submetendo-se a uma reforma geral que terminou resultando no surgimento de um Novo Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1890 não teve o mesmo sucesso de seu antecessor, sendo, inclusive, alvo de duras críticas da doutrina. Neste contexto de críticas, o governo sistematizou as diversas normas esparsas no Código, arquitetando as Consolidações das Leis Penais. Não obstante, devido ao descontentamento que ainda imperava em relação a esta legislação, irrompeu o anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal brasileiro, sendo editado o atual Código Penal de 1940. (JOLO, 2013).

Destaca-se que é notória a verificação de que a evolução do pensamento humano, e por via de decorrência da sociedade, sempre se viu acompanhada da

evolução do Direito. Uma vez que esta ciência não existe somente para regulamentar a vida em sociedade, mas também e, talvez, sobretudo para refletir em seus membros o pensamento vigente em cada uma das épocas históricas, possibilitando, assim, o entendimento deste pensamento.

Ao se conhecer o direito penal de uma sociedade, está se conhecendo a própria sociedade. A norma e a sanção penal são um reflexo fiel da estrutura social em que estão inseridas, representando valores, costumes e necessidades dessa demarcação geográfica, pois não são orientados tão somente pela prática de uma infração penal. (JAKOBS, 2003).

O direito penal não constitui uma ciência exata, como é exemplo a matemática, e possui incontáveis variáveis. A situação econômica, cultural, política, dentre outras, influencia diretamente a forma de agir dos responsáveis pela organização estatal, o que inclui, também, o posicionamento político no tocante às questões envolvendo a ciência penal.

Outro fator importantíssimo que deve ser levado em conta nessa equação é a maneira como o povo, verdadeiro detentor do poder, se posiciona a respeito das questões de política criminal. Tendo em vista o processo legislativo brasileiro e a forma de acesso aos cargos, bem como o interesse latente de “permanência no poder” por parte dos deputados e senadores, não são raros os casos em que se ignoram os verdadeiros vetores que deveriam orientar a atividade legislativa para ir ao encontro dos interesses manifestados por determinados grupos. (JAKOBS, 2003).

Nesse ponto existem algumas premissas básicas, fixadas no texto constitucional, que orientam a atividade penal, de extrema importância na lógica desse processo. Essas premissas são um obstáculo ao exercício negligente da atividade legislativa, constituindo um “mínimo” a ser respeitado pelo legislador, a fim de que a lei penal não perca, completamente, a sua essência.

1.2 A HIPERTROFIA DA LEGISLAÇÃO PENAL

Primeiramente, cabe enfatizar que o direito penal só existe em razão do crime. Dessa forma, não há como dissociar a produção do direito penal da insurgência de práticas afrontosas às coisas tidas como importantes para as pessoas e para o meio social. A razão do direito e da sanção se encontra no delito.

O aumento das normas penais, idealmente falando, é resultado de diversos processos que, juntamente, ecoam na prática de condutas inovadoras, que, diretamente ou não, venham a lesar ou ameaçar a integridade de bens jurídicos relevantes, e que, por isso, merecem a atenção do direito penal. (SANTOS, 2011).

Desta forma, percebe-se que é, ou ao menos deveria ser um processo natural, pois é inegável a constante transformação da sociedade e das suas relações, tornando cada vez mais complexo o seio social e o seus desdobramentos. O surgimento de novos delitos, por consequência, não é algo ilógico, o que, no entanto, não quer dizer que seja algo aceitável. (RIBOREDO, 2018).

A globalização e os efeitos decorrentes desse processo têm sido, em certa maneira, combustíveis dessas novas condutas. Os avanços tecnológicos, biológicos, industriais e tantos outros, têm influenciado a maneira de agir das pessoas, chamando, de igual modo, a atenção do direito. Maneiras de proceder que talvez nem em pensamento fossem materializadas há alguns anos, estão se perfectibilizando no dia a dia das pessoas.

Nesse sentido,

O surgimento de novas áreas de interesse social, como o meio ambiente, a genética, a informática e a economia, muitas vezes associados ao fenômeno da globalização e da transnacionalização dos fatos sociais, inaugurou novos espaços de regulação jurídica, para os quais o Estado se vale também do direito penal como instrumento de solução de conflitos. E, neste contexto, há uma natural expansão do Direito Penal. (D'ÁVILA, 2013, p. 66).

Entretanto, o que tem realmente tirado o sono dos operadores e estudiosos do direito não está relacionado ao aumento do direito penal como resultado da equação de crescimento populacional e desenvolvimento social, e sim o cenário de crescente produção normativa sem “contrapartida”, ao menos lógica e racional, de base delitiva.

E isso reflete em um ponto importante de análise: no tocante à regulação de condutas que interessem ao direito penal, estar-se-á procedendo corretamente ao elaborar mais direito penal ou um bom direito penal? Dessa forma, uma das primeiras ressalvas a se fazer é a de que uma simples previsão legal está longe de atender às necessidades demandadas pelo corpo social.

Logo, conforme D'ÁVILA,

[...] os principais problemas da ciência penal contemporânea não decorrem do simples aumento da área de regulação jurídico-penal, isto é, do simples fato de haver “mais direito penal”, mas sim da forma como se dá, em termos qualitativos, esta regulação, quer sob uma perspectiva dogmática, quer sob uma perspectiva político-criminal. Em outras palavras, o que mais importa não é tanto uma questão de quantidade (mais direito penal), mas uma questão de qualidade (qual direito penal). (D’ÁVILA, 2013, p. 66).

O problema da expansão do direito penal, por conseguinte, está relacionado à forma de se fazer o direito e os reflexos daí decorrentes. A produção normativa está diretamente ligada ao aparecimento de novos delitos, novos riscos, contudo, a hipertrofia do sistema legislativo penal (aqui entendida como uma prática de produção desenfreada de leis penais sem observar todas as diretrizes principiológicas e de estruturação, que, conseqüentemente, tem um resultado ineficaz e prejudicial ao sistema legislativo) escancara uma atuação imprudente dos representantes do povo, no que se refere ao exercício do poder.

Nessa sistemática, pode-se dizer que a legitimação do texto normativo se dá em interesses estranhos aos que, normalmente, deveriam orientar a lógica de atuação legislativa. O “medo social” tem sido um fator preponderante na formação de novos tipos penais, fazendo com que a sociedade, muitas vezes inconscientemente induzida por grupos e pessoas que se aproveitam da situação de insegurança e desordem, pressione seus representantes políticos para que tenham a resposta esperada, ou seja, uma resposta no campo normativo. (OLIVEIRA, 2008).

Nessa perspectiva,

[...] pode-se aferir que novas características são agregadas ao direito penal a fim de atender aos anseios incessantes da sociedade por segurança. As vertentes político-criminais [...] dirigem-se, portanto, à utilização do aparato penal para combater novos riscos e garantir o sentimento de segurança dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2008, p. 5047).

A realidade tem mostrado que novos riscos aos bens jurídicos se apresentam diariamente, e que é essencial, sobretudo por parte do poder público, que haja uma contraprestação nesse sentido. Isso, no entanto, não quer dizer que essa contraprestação precise sair, necessariamente, do direito penal. Infelizmente, essa “[...] ampliação das demandas sociais [...] estimulou e determinou uma ampliação estrutural e funcional do Direito [...] penal, e, por consequência, também, na estrutura e nas funções do Estado. (SANTOS, 2011, p. 17).

O direito penal que originalmente é orientado por uma política criminal que demanda estudos da criminologia e de outras áreas da ciência, no sentido de lhe dar suporte para que não venha a cometer interferências desnecessárias nas esferas de liberdade dos cidadãos, passa, nesse cenário, a ser orientado por uma política criminal da “sociedade do risco”.

Assim,

A política criminal da “sociedade de risco”, que consiste na expansão da matéria de proibição contida nos tipos penais (em vez da conduta hostil ao bem jurídico, da ação que provoca perigo para o mesmo), provoca uma revolução na área do direito penal. Passamos de um direito penal que sanciona condutas que lesionam bens jurídicos para um “direito penal do risco”. As barreiras que colocavam o direito penal como o limite da política criminal (Franz von Liszt) são alteradas. Ocorre uma inversão do ideal de Liszt. Em vez de o direito penal ser a barreira infranqueável da política criminal, ele (direito penal) se torna mero instrumento desta. Ocorre uma funcionalização do direito penal como instrumento para a política criminal. Em vez de se escolherem condutas socialmente inadequadas para proibí-las, proibem-nas para que a sociedade as desvalorem. (BOZZA, 2015, p. 26).

Esse é o grande cerne da maior parte das críticas em relação a essa expansão: o fato de o direito penal ser orientado/balizado por essa política criminal da sociedade do risco, que exerce influência sobre a atuação política, tentando mascarar às suas deficiências por meio da lei penal. Ou seja, em nosso país, a vontade de satisfazer os anseios sociais leva muitos políticos a criarem cada vez mais leis com pouca condição de efetividade, o que compromete o ordenamento jurídico. (RIBOREDO, 2018, p. 156).

Conforme Alexandre Rocha Almeida de Moraes,

A moral de um povo pode ser facilmente medida pela incidência do Direito. O mínimo ético de uma sociedade é proporcional ao Direito vigente: quanto maior a necessidade do uso do Direito, maior o indício de que o povo está moralmente em crise. É plausível, portanto, a suposição de quanto menor a necessidade do uso do Direito, mais elevada está a virtude dos homens de determinada sociedade [...]. (MORAES, 2008, p. 25).

Nesse sentido, é importante frisar que o aumento do controle punitivo não é um mero reflexo da ampliação da violência, mas sim o retrato da construção social de um poder abalado, composto por políticos descomprometidos com o seu povo. Dessa forma, constata-se a ineficiência do sistema penal em combater os conflitos a que se propõe, ocorrendo, através da diária elaboração de leis penais, o aumento do

descrédito da população nas instituições estatais, promovendo o efeito de impunidade bem como de insegurança da coletividade. (SILVA, 2016).

A estrutura jurídica não pode acolher normas penais que comprometam a dignidade da pessoa humana em nome da pacificação social, considerando que para que as normas legais infraconstitucionais sejam legítimas, devem ser apresentadas como um espelho dos valores contidos na carta constitucional. (SILVA, 2016). Nesse sentido, busca-se, um Direito Penal que se harmonize com os princípios constitucionais, atribuindo proteção ao direito de liberdade e aos demais bens jurídicos tutelados.

O Direito Penal, em meio às várias ferramentas de controle social formal que são postas à disposição do Estado, compõe a forma mais aguda de intervenção no comportamento da coletividade. A norma penal tem natureza de *ultima ratio*, isto significa, o Estado só pode a ela apelar quando esgotados os meios menos lesivos de proteção a direitos. (SILVA, 2016).

Nesse cenário, destaca-se que a hipertrofia das normas penais é resultado da ineficiente atuação estatal no combate ao significativo aumento da criminalidade. Na realidade, constatada a ocorrência de fato de acentuada repercussão na sociedade, a mídia exerce constante pressão, de modo a potencializar a insatisfação do povo. Desse modo, o Estado, em resposta aos clamores da sociedade por imediatas soluções, apelando à intervenção penal como o meio mais rápido ao aparente combate aos conflitos sociais. (SILVA, 2016).

Na verdade, a complexidade e a velocidade com que se apresentam esses novos interesses fazem com que o ordenamento aos poucos acabe sendo substituído por uma legislação descodificada, resultando no rompimento das noções de unidade formal do ordenamento e apontando dessa forma na direção de múltiplos sistemas normativos. (MORAES, 2006).

1.3 A LEGISLAÇÃO PENAL SIMBÓLICA

O direito penal é responsável pela tutela dos bens jurídicos indispensáveis à vida sadia da sociedade, sendo de sua competência, por consequência, a reprimenda das condutas que causem lesões ou representem uma ameaça a eles. Segundo leciona Prado, “é um conjunto de normas que define os delitos e as sanções que lhes correspondem, aliado do direito do Estado de punir, [...] relativo à

sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito.” (PRADO, apud AMARAL, 2019, p. 2).

Ao falar-se de símbolos, é impossível negar que o direito penal representa, para a sociedade, algo além do texto frio expresso nos diplomas legais. No entanto, a expressão direito penal simbólico, não constitui esse tipo de representação, que, em verdade, todo o direito transmite ou deveria transmitir.

O chamado direito penal simbólico, isto é, a propensão do Poder Legislativo do Estado em criar e aprovar leis na esfera do direito penal com fins meramente simbólicos, busca, inicialmente, criar uma ilusão de paz e tranquilidade na sociedade em face da atual propagação do medo e da repulsa diante da criminalidade, ao passo que o real fim que deveria ser explorado por esse campo do direito resta deturpado.

É transmitido o pensamento de que o Direito Penal é único instrumento com legitimidade pelo qual o poder estatal tutela os bens jurídicos mais importantes, oferecendo proteção total, ignorando o status de ultima ratio. Com a facilidade contemporânea do acesso e divulgação da informação em tempo real, a mídia abastece a sociedade com notícias sensacionalistas, que criam no cidadão um conceito pré-estabelecido acerca da questão criminal. Essa repercussão faz gerar uma grande tensão social, que causa um clamor pela atuação legislativa, baseado no pensamento social errôneo de que a criação de tipos penais seria a solução dos problemas de criminalidade. (AMARAL, 2019).

Desse modo, o direito penal simbólico pode ser entendido

[...] como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. (DUARTE NETO, apud DOS SANTOS ARAUJO, 2017, p. 78).

Essa prática legislativa constitui um método viciado de trazer “os novos direitos” (ou, no caso, delitos e sanções) para o sistema jurídico, pois ignora totalmente os princípios estruturantes e norteadores da ciência penal. Ademais, a legitimação do texto normativo não se dá em interesses válidos, mascarando a

atuação do Estado na busca por fins estranhos à estabilidade da norma e a proteção de bens jurídicos.

Diante do aumento constante de práticas delitivas e da sensação de medo vivida pela sociedade que, na maioria dos casos, é alimentada e instigada pela mídia como massa de manobra, frente a valoração de atos criminosos específicos, passa-se a exigir uma postura do Estado, postura essa que se convencionou denominar de direito penal simbólico. Corresponde às situações que estão relacionadas à aplicação da lei penal e são trabalhadas frente a opinião pública pelos meios de comunicação e por grupos interessados, que buscam plantar no “intelecto público” a ideia de que a norma existente é deficiente e falha, necessitando, portanto, um enrijecimento. (DOS SANTOS ARAUJO, 2017).

De acordo com Gomes,

[...] a mídia produz uma visão distorcida da realidade e fomenta no público um sentimento generalizado de insegurança. Desta feita, explora o discurso da punição mais severa e exemplar, prisão perpétua ou pena de morte (todos esses meios justificam o fim retributivo), sendo a repressão penal o principal instrumento desse discurso que elege o inimigo e o estigmatiza. (GOMES, apud NASCIMENTO JUNIOR, 2019, p. 6).

Depois de modular os fatos de acordo com os seus interesses e propagar o medo entre as pessoas esses grupos promovem o direito penal como a resposta necessária a todos esses problemas. Em um segundo momento, baseando-se nesses fatores e principalmente no clamor social, os discursos políticos são elaborados no intuito de cativar essas pessoas, de modo que as propostas venham ao encontro das suas reivindicações, o que passa a ser um jogo para se manter no exercício do poder, quando, em alguns casos particulares, não é oportunidade de fazer prevalecer ideais nefastos e execráveis. (NASCIMENTO JUNIOR, 2019).

Nesse contexto, não se atribui à norma penal outra função a não ser a de “calmante social”, apaziguando os ânimos das pessoas, produzindo, pois, um efeito simbólico, onde os problemas não são enfrentados diretamente como as pessoas são feitas a acreditar para se acalmarem e ficarem satisfeitas, promovendo a atuação do Estado. (NASCIMENTO JUNIOR, 2019).

Nesse sentido,

Os anseios simbólicos do Direito Penal são também sentidos na repercussão legislativa e na corrida eleitoral. O efeito simbólico esperado do direito em tornar valores como relevantes e reafirmá-los através da pena, mesmo que não haja efeitos materiais visíveis de redução das infrações, é uma moeda de valor nas disputas por poder. A promessa de aumento de punição e recrudescimento do sistema penal são bandeiras de um populismo punitivo. (PRATT, *apud* GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016, p. 242).

O sentimento de insegurança que motiva anseios acalorados faz com que os indivíduos questionem, até mesmo, o sistema constitucional de garantias, apontando-o como obstáculo no confronto à criminalidade. Entretanto, uma previsão abstrata mais rígida, por si só, não é capaz de suprir as deficiências do sistema. Essas imperfeições, portanto, permanecem, e vão se nutrindo e voltando cada vez em maiores proporções, devolvendo o problema em um ciclo constante e prejudicial. (DOS SANTOS ARAUJO, 2017).

As demandas por proteção e uma tutela mais enérgica balizam frequentemente o pensamento moderno, resultando, por conseguinte, em estruturas jurídicas mais rígidas e inflexíveis. Nesse cenário, o direito penal exerce ofício de relevância como pacificador social, ditando as regras de conduta, intimidando e repreendendo com o *ius puniendi*. (DOS SANTOS ARAUJO, 2017).

Tem-se, pois,

[...] que a busca por leis penais mais rigorosas funciona como álibi uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. (NEVES, *apud* GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016, p. 242).

Essa estratégia tenta se legitimar em uma “situação emergencial”, que, na verdade, é fruto da desinformação, pelo fato de não seguir padrões pré-determinados pelo Estado, fugindo, teoricamente, das ações cotidianas. “Esse direito de emergência é chamado simbólico porque ignora as causas da criminalidade, e age criando a falsa impressão de que o simples endurecimento da lei, ou a supressão de garantias, garantirá maior segurança”. (DOS SANTOS ARAUJO, 2017, p. 78).

Os objetivos dessa atuação podem ser vistos em dois planos: instrumentais ou materiais, os quais são aptos a realizar efeitos concretos, práticos, no intuito de

preservar bens jurídicos e não de prevenir condutas criminosas; e os expressivos-integradores, também chamados de simbólicos, que buscam repassar valores. De fato, toda ação na esfera penal tem um efeito simbólico, contudo, essa característica não é exclusiva. (GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016).

Estabelece-se uma situação que foge dos limites funcionais que a finalidade da pena representa na intervenção Estatal. Destarte, espera-se que a sanção penal surta efeitos ilegítimos, tendo em vista a sua natureza, ignorando totalmente os paradigmas de política criminal que servem de norte para o seu exercício. (GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016).

De acordo com Zaffaroni,

[...] a programação instrumental preparada pelo discurso jurídico penal – de punição e prevenção de todos os crimes, é irrealizável. Para ele, o Direito Penal não satisfaz nenhum dos seus planos: é ineficaz e programa um número de hipóteses penais segundo o dever-ser, mas que no concreto não são alcançadas, pois “as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado”. Portanto, segundo o autor, o sistema penal é: “estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade [...]”. (ZAFFARONI, *apud* GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016, p. 239-240).

Tal sistemática resulta, conseqüentemente, na hipertrofia do sistema legislativo, que, apesar de crescer no campo quantitativo, não tem essa mesma resposta no campo qualitativo. Destarte, “[...] a expansão da legislação penal de forma indiscriminada e urgente por meio da criação de leis e do aumento de penas somente serve para tranquilizar a sociedade difundindo uma falsa sensação de segurança”. (NASCIMENTO JUNIOR, 2019, p. 7).

Assim, a resposta dada pelo Estado por meio da estruturação de novas ferramentas legislativas converte-se em um produto irracional, que ignora a lógica do sistema e a sua própria razão de ser no Estado, ocasionando, por vezes, um direito penal do autor ou do inimigo. O processo expansionista, que é decorrente da elaboração massiva de diplomas legais simbólicos, resulta em danos significativos no arcabouço jurídico, nas suas características basilares, ignorando elementos essenciais e, dessa forma, ajuda a construir um sistema incoerente, falho e repleto de lacunas e imperfeições. (AMARAL, 2019).

Para Neves,

[...] a legislação simbólica pode ser definida pelo predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental. (NEVES, *apud* GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016, p. 241).

Os movimentos sociais, portanto, disseminam ideias que resultam em exigências de modificações estruturais no direito penal, sobretudo no sentido de exasperação da pena e “endurecimento” da lei, que envolvem os mais diversos desdobramentos da ciência penal. Os estudiosos do direito criticam a hipertrofia legislativa daí decorrente, pois vislumbram os efeitos prejudiciais que essa prática traz para o sistema jurídico, somadas a total ineficácia frente aos problemas que deveria enfrentar. Logo, apontam que as mudanças entendidas como necessárias pela população são inapropriadas ao contexto e continuarão não surtindo efeito enquanto o exercício do poder se der nessa perspectiva. (GINDRI; DE NARDIN BUDÓ, 2016).

2. A POLÍTICA PENAL DA TOLERÂNCIA ZERO

Nesse capítulo abordar-se-á em um primeiro momento o crime e a resposta social, que trata acerca de um retorno imediato aos anseios da população, promovendo a criação ininterrupta de leis e tipos penais. Em um segundo momento os reflexos da conduta delituosa e, em um terceiro, e último, momento abordar-se-á a repressão uniforme dos delitos.

2.1 O CRIME E A RESPOSTA SOCIAL

A resposta social ao delito parte de uma análise do principal aspecto da questão criminal, que é o controle da criminalidade, que se trata do objetivo de toda a estrutura social, destacando sua vinculação direta com o processo penal na formulação legal bem como a estruturação de seu funcionamento.

Pressupõe-se nesse sentido, que o crime não é apenas um fato típico e antijurídico ao qual é aplicada uma sanção de natureza penal, mas sim um problema social, um fenômeno de massa, que se encontra presente em todos os tempos e em todas as formas sociais que são realizadas pelo homem, consistindo em algo que atinge e do mesmo modo aflige a todos os indivíduos de uma sociedade. (SMANIO, 2006).

Ademais, destaca-se que a crescente introdução de novos tipos penais e de agravamento das penas bem como a supressão de garantias processuais do réu na instância judiciária, sob o fundamento de quebra do pacto social, são questões que se encontram essencialmente relacionadas à política de Tolerância Zero, sendo que são questões que fazem parte de um conjunto maior, que é o processo de criminalização. (SILVA, 2006).

Frequentemente verifica-se a criação de tipos penais que em sua totalidade não respeitam o princípio da legalidade, tendo em vista que, desconsiderando a proibição de leis vagas, inventam conceitos abertos e imprecisos como resultado, que consentem abranger distintos atos e vários sujeitos, dependendo do posterior arbítrio das instâncias executiva e judiciária. Dessa forma, pela Tolerância Zero, ocorre que, múltiplas condutas que antes não eram caracterizadas como crime ou não previam a pena de prisão passaram a ser intensamente criminalizadas, sobre a

justificativa de que é repudiando a menor infração que se evita a ocorrência da maior infração penal. (SILVA, 2006).

As políticas de segurança pública baseadas na teoria da “Lei e Ordem” e na técnica policial intitulada “Tolerância Zero” preconizam a questão de combater a violência do cotidiano e a criminalidade comum com o aumento do poder punitivo em suas mais distintas formas, ou seja, enrijecendo a criminalização primária, tornando mais severas as penas privativas de liberdade, com o cenário da hipercriminalização e da questão do ultra-encarceramento. (FERREIRA, 2010).

Conforme Allan Hahneman Ferreira,

O movimento ou teoria da “Lei e Ordem” constitui-se verdadeira política de propaganda do poder punitivo máximo. O direito penal simbólico, característico desse movimento, faz com que a sociedade mergulhe numa situação ainda mais caótica, com leis inconstitucionais, penas desproporcionadas, presídios superlotados, e ainda, um sentimento de medo e pavor amplamente difundidos no seio social. (FERREIRA, 2010, p. 1119).

Os impulsos promovidos pela globalização e a imposição do consumo transportam a um novo formato de análise, que excede os limites da disciplina, posto que, se é plausível crer que as formas de desvelar esses conflitos inseridos na sociedade complexa não estão dispostas em uma única disciplina, então possivelmente suas soluções também não serão encontradas através de uma única política de atuação. (BUENO; GARCIA, 2008).

Conforme Isac Tolentino de Araújo Júnior,

O avanço global da política de “tolerância zero” é fundado na difusão da “teoria das janelas quebradas”. A quebra da janela de uma propriedade, quando não consertada imediatamente, conduziria as pessoas a concluir que ninguém se importa e não existe autoridade responsável pela manutenção da ordem. Assim, todos passariam a atirar nas janelas até quebrarem todas e iniciar a decadência da rua e da comunidade. Conduzida para o sistema punitivo, a tese fundamenta a ideia de punir as pequenas infrações de modo a conter a violência em sua raiz e evitar a quebra da primeira janela. O combate à grande criminalidade é iniciado pela repressão aos pequenos delitos. (DE ARAÚJO JÚNIOR, 2011, p.8).

Contendo como base o conceito de linearidade do tempo, a ciência jurídico-penal se desenvolveu fundamentada em uma visão mecanicista de mundo, há muito

tempo questionada pela sociedade contemporânea. Neste aspecto, verifica-se uma mudança estrutural com relação à finalidade e à capacidade de resolução dos conflitos pelas ciências penais. A partir do momento em que o acaso passa a ser parte que integra a natureza dos fenômenos, e não mais algo considerado estranho e exterior, a visão da violência também passa a ser mudada, sobrevivendo a ser algo constitutivo da sociedade, a qual deve ser mitigada, mas não erradicada. (BUENO; GARCIA, 2008).

Em uma situação de insegurança de forma generalizada, de flexibilização e precariedade, com a pauperização de amplos contingentes da população, os governos reduziram o sentimento de ameaça à segurança pessoal e a prisão adquiriu nesse sentido a condição de tática considerada basilar no combate à insegurança. (DE ARAÚJO JÚNIOR, 2011).

Como resultado disso, o Estado na tentativa equivocada de dar um retorno imediato aos anseios da população, promove a criação ininterrupta de leis e tipos penais. Porém, nesse processo, ele escancara a violação de direitos fundamentais e, concomitantemente, generaliza a insatisfação social, deixando de tutelar justamente aquilo a que se dispunha.

Nas palavras de Thaís Del Monte,

O mundo registra transformações, avanços e novidades em todas as áreas de conhecimento a cada dia. Tal evolução traz consigo transformações positivas e negativas quanto ao desenvolvimento social, fazendo surgir problemáticas até então desconhecidas, pois ao mesmo tempo em que simbolizam grandes avanços científicos e tecnológicos, podem expressar riscos ao ser humano considerado isolada ou coletivamente. A velocidade dos avanços é tamanha, que dificulta a previsão e o controle destes riscos. Tal fenômeno faz surgir nas pessoas uma sensação de incerteza, insegurança e desamparo, o que traz como consequência o clamor dos cidadãos por intervenções radicais por parte dos agentes públicos que os representam, atitudes estas que tragam a sensação (mesmo que apenas aparente) de proteção e segurança. (DEL MONTE, 2012, p. 287).

Ainda, conforme DEL MONTE, “o fenômeno da percepção da insegurança por parte da sociedade gera um total descrédito na administração pública, que por sua vez toma medidas de improviso na tentativa de acalmar grandes alardes sociais.” (DEL MONTE, 2012, p. 288).

Ao mesmo tempo em que o poder criminaliza condutas, incita, através do discurso retórico do medo, uma aclamação frequente da sociedade por aumento das penas empregadas nos crimes em que geralmente estão figurando os “infratores que são ponderados como perigosos”. Ainda, nesse contexto, vale-se de períodos de aflição da sociedade perante a violência urbana e da dramatização de certos crimes violentos para introduzir leis de emergência, criando-se um direito simbólico, que ultrapassa as críticas e discussões científicas, mas assegura a real intenção do poder. (SILVA, 2006).

Nesse contexto, a criminalização de delitos menores e o fortalecimento da persecução penal, exercida pela “polícia intensiva”, pilares da Política Penal da Tolerância Zero, implicam em mais uma grave consequência: o abarrotamento dos tribunais.

É inexistente um consenso acerca das suas causas, tão pouco referente às formas de sua precaução bem como quanto aos planejamentos para a interferência em sua realidade social. Ainda, diante do conhecimento criminal é evidenciado que não existem procedimentos prontos para seu combate, visto que se trata de uma realidade humana e cotidiana, assim, mutável de acordo com a própria condição humana e a estrutura da sociedade. A verdade é que se convive com o comportamento delituoso no dia-a-dia, sendo que assim é em qualquer sistema social do mundo. (SMANIO, 2006).

Conforme Gianpaolo Poggio Smanio,

Desse modo, o crime não é meramente um problema legal, mas de competência de toda a comunidade, incumbindo a todos os seus segmentos. A responsabilidade pelo fenômeno criminológico não é apenas da lei, da polícia, do Ministério Público, da advocacia e dos tribunais, mas de toda a comunidade. A sociedade não pode ignorar o problema da delinquência, ou atribuí-lo somente ao sistema legal, sob pena da limitação da eficácia de seu controle. (SMANIO, 2006, p.57).

Na verdade, ocorre que é necessário fazer uma aproximação da delinquência para poder analisar intrinsecamente o fenômeno, captando, assim, a forma como o delinquente percebe os valores sociais, valores que são preponderantes em sua conduta social, os quais refletem nos mecanismos de comportamento do criminoso. (SMANIO, 2006).

Destaca-se que entre outros fatores, as questões da ausência de políticas públicas e de uma política criminal irracional somada à alta impunidade, por certo,

representam o aumento da criminalidade, adotando-se, por consequência, uma forma incongruente e desproporcional, com critérios alternativos à pena privativa de liberdade. (MORAES, 2008).

Nesse sentido,

O controle da criminalidade exige, para que seja efetivo, a compreensão de que a extinção da criminalidade é uma utopia, em face da complexidade das sociedades e do próprio homem. A finalidade da sociedade deve ser o controle do crime, mantendo-o nos níveis mais baixos possíveis, ou, ao menos, no nível que permita vida social estável e segura para toda a comunidade. (SMANIO, 2006, p. 58).

Nesse cenário, ressalta-se o chamado direito penal simbólico, conteúdo trabalhado no primeiro capítulo, que corresponde à propensão da divisão legislativa do poder do Estado de criar e aprovar leis na esfera do direito penal com fins meramente simbólicos, criando uma ilusão de paz e tranquilidade na sociedade em face da atual propagação do medo e da repulsa diante da criminalidade.

Ou seja, são inúmeros os casos em que o legislador, levado pela "urgência" e pela criação de novas situações, não encontra outra resposta (considerando que na verdade, nem sequer busca outra resposta) que não seja a conjuntural, isto é uma "reação emocional legislativa", que tende a ser de natureza penal, dependendo dos benefícios que possa vir a alcançar. Ademais, invoca-se o Direito penal como instrumento para soluções de problemas, mas ressalta-se que o seu uso recorrente acaba por não solucionar coisa alguma. Assim, nessa contextualização, reside o simbolismo penal. (GOMES, 2009).

Para Fábio de Sá Silva,

A crítica ao caráter simbólico da criminalização tem destacado que, frente a pressões da mídia e da opinião pública em razão do alegado movimento de "escalada" da violência, os governos tendem a procurar responder mediante a criação de novos crimes e o aumento das penas para os crimes já previstos. Essas medidas, no entanto, costumam ter caráter meramente simbólico, sendo insuficientes para gerar qualquer desincentivo à prática de condutas criminosas ou para alterar os mecanismos estruturais de produção da criminalidade. (SILVA, 2014, p. 68).

É transmitido o pensamento de que o Direito Penal é único instrumento com legitimidade pelo qual o poder estatal tutela os bens jurídicos mais importantes, oferecendo-os total proteção, em status de *ultima ratio*. Porém, com a facilitação contemporânea do acesso e divulgação da informação em tempo real, a mídia

abastece a sociedade com notícias sensacionalistas, que criam no cidadão um interesse pela questão criminal. Essa repercussão faz gerar uma grande tensão social, que causa um clamor pela atuação legislativa, baseado no pensamento social errôneo de que a criação de tipos penais seria a resolução dos problemas de criminalidade. (AMARAL, 2019).

Nessa linha de pensamento, para PEREIRA, “para que o estado social não se torne um estado penal, é necessário um equilíbrio entre as garantias oferecidas pelo Estado e a efetividade das ações do Estado para a proteção da sociedade, o que por si só já reduziria os índices de violência e criminalidade no país.” (PEREIRA, 2018, p. 589).

Diante do exposto, para a execução de uma prática penal, é imprescindível que haja uma teoria penal que se adeque à realidade do país, bem como à constituição vigente. Isto quer dizer que, é indispensável que exista uma preocupação quanto ao indivíduo e a forma como ele será reinserido na sociedade após o cárcere, já que nossa realidade penal deve ser mais voltada para o estado social.

2.2 REFLEXOS DA CONDUTA DELITUOSA

O aumento constante da criminalidade, associado à ineficiência do Estado em cumprir o seu dever constitucional de prover a segurança à sociedade, por meio dos seus órgãos de segurança pública, tem gerado uma crescente sensação de insegurança nos cidadãos. Nesse sentido, é preciso entender o aumento e formação dos delitos, bem como as consequências que estes trazem à sociedade.

Para Alexandre Rocha Almeida de Moraes, “entre outros fatores, a ausência de políticas públicas e uma política criminal irracional somadas à alta impunidade, por certo, representam fatores de aumento da criminalidade.” (MORAES, 2008, p. 70).

Ademais, destaca-se que o delito não é julgado em si, mas na sua história, a história do delito em relação a todo mundo material e social, que converge em toda ação delituosa. Ou seja, a ação delituosa é considerada ponto culminante de um processo mais ou menos longo, um processo social desenvolvido como reação ou resposta a determinados estímulos, operando em diversas direções. (GARRIDO, 2006).

Frisa-se que a criminalidade aparece em todas as sociedades e civilizações, assim, sendo o crime obra do homem, passou-se a considerar várias ciências que contribuem para o conhecimento da personalidade do ser humano, assim incidindo a serem observados e investigados os fenômenos criminosos como manifestação das características sociais da criminalidade.

Nesse contexto, destaca-se a figura do delinquente que já recebeu as mais diversas concepções. Na Criminologia Clássica, por exemplo, era considerado como um indivíduo que utilizava de forma incoerente sua liberdade, a partir disso sendo visto como um pecador. No tocante ao Positivismo, era visto como um animal selvagem, consequência de sua herança ou condicionado por fatores sociais. Já para o marxismo e a criminologia socialista o infrator era visto como uma vítima resultante das injustiças do capitalismo. Na atualidade, a visão interacionista destaca que é um homem normal como os demais. (SMANIO, 2006).

Dessa forma, é notável e importante frisar que o homem delinquente não é diferente do homem não delinquente, visto que, é a própria sociedade que estabelece determinada distinção, ou seja, trata-se de uma verdadeira denominação social dos indivíduos, conforme os valores que são predominantes nesse contexto. (SMANIO, 2006).

Ademais, é conveniente ser atribuído ao infrator um novo conceito de um homem, segundo as suas qualidades e defeitos, aberto e sucessivamente mutável, conforme as variáveis situações, consecutivamente em relação com a sociedade, posto não ser uma classe isolada e aprisionada de circunstâncias já preestabelecidas. (SMANIO, 2006)

Nessa linha de pensamento, para SMANIO, “o comportamento delituoso não pode ser visto como uma atitude isolada e instantânea, mas como resultado de um processo dinâmico e complexo de comunicação, socialização e aprendizagem.” (SMANIO, 2006, p. 58).

Deste modo, o delinquente é considerado aquele indivíduo que pratica uma conduta que pela sociedade é considerada como desviante e inadequada a ponto de atingir valores relevantes para a existência e afirmação da mesma.

Nesse contexto, o prejuízo da vítima se estende a toda sociedade, considerando que se um delinquente não é responsabilizado por seus delitos, continuando as atividades delituosas, nos traz a reflexão que esse agente poderá vir

a causar novamente danos a outras pessoas, através de condutas semelhantes ou distintas. (ASSIS, 2019).

Ainda, se à pessoa se estabelece uma pena para que sofra por ter cometido um determinado delito, àquele mero indivíduo que não lhe é atribuída à qualidade de pessoa, sendo que lhe resta apenas uma pura repressão institucional. Uma vez que, não se trata mais de uma dívida de responsabilidade por parte do infrator, mas sim de uma garantia de segurança para o conjunto da população diante de um perigo. Isso quer dizer que nesse caso não existe mais uma relação de obrigação entre a pessoa do criminoso e os demais indivíduos, relação que por si própria demonstra a estrutura como o funcionamento da sociedade. (ASSIS, 2019).

Salienta-se que essa nova visão científica não significa condescender com a atitude do criminoso, tão pouco defendê-lo, mas sim abranger a serenidade que é imprescindível para a devida análise dos fenômenos vinculados à criminalidade. De maneira sensata destaca-se que na verdade até a atualidade os aspectos tradicionais não alcançaram resultados suficientes para controlar a criminalidade e a delinquência, fato que reforça a ideia de um novo enfoque que proceda, com mais eficácia, na redução dos índices de criminalidade e de reincidência, assim, aumentando a paz social. (SMANIO, 2006).

Para Del Monte,

O problema está no enfrentamento penal a ser dado aos riscos modernos, trazidos pelas novas formas de criminalidade, que atingem bens jurídicos difusos e coletivos, podendo afetar um número indeterminado de pessoas, a sociedade como um todo e até mesmo as futuras gerações e, em última análise, colocar em xeque a própria existência humana. O Direito Penal tradicional não é capaz de dar respostas satisfatórias a esta nova realidade decorrente de novos riscos, instalando-se assim uma crise, pois ao mesmo tempo em que quer preservar as garantias individuais até o momento conquistadas, limitando o poder punitivo estatal, deve se expandir no sentido de atuar como uma das formas de controle social, interferindo na liberdade das pessoas e, concomitantemente garantir a segurança e o bem estar coletivos, buscando legitimar sua atuação no fator "risco". (DEL MONTE, 2012, p. 288).

Ocorre que o Direito Penal tem assumido uma forma emergencial, tanto na questão legislativa quanto judicialmente, despertando dessa forma preocupações no tocante aos direitos do indivíduo, isto é, os limites que são impostos ao Estado para defesa do homem, uma vez que têm sido adotadas como solução e como resposta social medidas um tanto quanto radicais, na verdade, inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito. (DEL MONTE, 2012).

Observa-se que eliminar o crime é uma ilusão impossível, levando em consideração que em lugar nenhum do mundo, tão pouco em época alguma da história, o crime foi exterminado. Nesse contexto, é preciso enfatizar o que é evidente, o crime tem muitas causas que precisam ser enfrentadas, de forma que não há uma medida eficaz para reduzir sensivelmente a criminalidade, sendo necessário um grande conjunto de medidas de largo espectro. (DOS SANTOS, 2006)

Destaca-se que a busca de uma solução para a explosão da criminalidade não pode começar, simplesmente, pela fácil mudança das leis. Isto quer dizer, antes de mudar as leis, e trabalhando com as leis que já existem, é preciso começar com as medidas primárias, de base, que reforcem o controle social informal. (DOS SANTOS, 2006)

O que acontece é que se estuda o comportamento, no entanto há de se aguardar que os conhecimentos da ciência envolvam o indivíduo e o contexto social dentro do qual ocorre mencionado comportamento. Deve-se levar em consideração que essa questão deve ser entendida com o estudo e juntamente a identificação de uma enorme quantidade de variáveis motivacionais, onde ocorre uma relação do biológico com o social. Isto é, quer queira ou não, a própria sociedade contribui com os delitos, por vezes fechando os olhos, se calando, ou até mesmo cruzando os braços frente à determinadas situações. (GARRIDO, 2006)

Portanto, a mudança intrínseca se faz necessária, assim, absorvendo o conhecimento de onde se processam os estimuladores criminais, seríamos capazes de desenraizá-los, oferecendo dessa forma condições para que as pessoas vivam com dignidade.

2.3 REPRESSÃO UNIFORME DOS DELITOS

Em virtude da crescente violência que vem diariamente preocupando a população, é constantemente exigido dos poderes públicos soluções cada vez mais repressivas como resposta para a criminalidade. Frente a esse cenário, são diversas as políticas criminais que vêm sendo adotadas, até mesmo para o sentimento de satisfação da vontade da população. Como consequências disso, as garantias fundamentais acabam sendo cada vez mais relativizadas. Dessa forma, a partir do momento em que o problema não é cessado, cada vez mais piora o cenário e é

aumentada a repressão. Além disso, alimentar a cultura do medo tem demonstrado ser uma enorme estratégia para garantir o controle e a legitimação da violência, na proporção em que o apoio popular consente uma atuação por parte do estado sem limitações. A mentalidade parece cegar parte da população que almeja a paz pregando a violência, uma vez que os indivíduos não percebem que é sobre eles mesmos que recaem essa agressividade. (MUNIZ, 2011).

A violência, enquanto fenômeno social complexo, precisa ser analisada por diversos aspectos, sob pena de se ter uma visão deturpada, míope, desajustada, senão, manipulada por interesses ocultos. Ocorre que, devem sim haver ações que, pelo menos, reduzam a violência, no entanto, orientadas não por políticas repressivas urgentes, mas sim por políticas de longo prazo, sólidas e acima de tudo, que sejam efetivas.

Frisa-se que a criminalidade e violência são resultados e não causas. Para tratar dessas questões é necessário que, acima de tudo, se tenha bom senso. Isto quer dizer que, não é preciso ofender os direitos e garantias fundamentais, sob a justificativa de que para garantir a paz social, vale tudo. Pois, afinal, direitos e garantias são ditames que o Estado está vinculado e não pode se afastar para atingir seu fim, o bem comum. (MUNIZ, 2011).

Acontece que a sociedade de riscos vem motivando um grande alarme social que como consequência acaba provocando a expansão do direito penal, acarretando nesse sentido, determinados custos que comprometem as garantias tradicionais do Estado de Direito, seja numa trajetória geral de restrição, ou, na melhor das pressuposições, o que se refere a reinterpretar as garantias clássicas do direito penal. (NETO, 2010)

Infelizmente, perante o apelo que existe por parte da população, midiaticamente provocado, de maior repressão, o Estado tem feito uma atuação equivocada, legitimamente, de forma enérgica. Ademais, a alienação social disfarça os problemas que a sociedade possui, sendo a violência apenas uma parte de tudo isso.

Verifica-se que, para que a modernização do direito penal reflita em uma sua verdadeira evolução, necessita-se procurar o equilíbrio nas imprescindíveis modificações que ocorrem, atentando-se às garantias do estado de direito, e não às exigências sociais de segurança feitas pela população, necessitadas, por muitas vezes, de critérios ínfimos de sensatez no tocante a intervenção do direito penal. Afinal, é notável que o maior desafio da sociedade contemporânea de risco é a estruturação

de um sistema que seja garantista incluso as novas realidades de intervenção do direito penal. (NETO, 2010)

Conforme a autora Thaís Del Monte,

Deve-se buscar um equilíbrio entre a efetividade da justiça penal e o respeito às garantias individuais, sob pena de ataque ao próprio Estado Democrático de Direito, o que caracterizaria um enorme retrocesso. A questão primordial é achar um mecanismo que proporcione ao Direito Penal tradicional, com todos os seus princípios clássicos e garantias individuais, a assimilação das inovações trazidas pela evolução da sociedade de risco. (DEL MONTE, 2012, p. 290).

É importante destacar que a solução para a crise em que se encontra o Direito Penal deve se nortear pela análise de sua finalidade, bem como seu âmbito de atuação e suas características frente ao Estado Democrático de Direito.

Ainda, é necessário garantir condições aos indivíduos para uma convivência pacífica e do mesmo modo que seja segura entre os membros da sociedade, intervindo no tocante a violação de bens jurídicos considerados fundamentais ao indivíduo ou à coletividade.

Por fim, é necessário buscar a existência de coerência dentro do sistema, isto quer dizer, a edição de leis que sejam claras e que enfatizem tanto a proteção da liberdade individual contra as distorções repressivas quanto à eficiência do controle penal.

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Nesse capítulo abordar-se-ão em um primeiro momento as velocidades do direito penal (primeira, segunda e terceira velocidade), em um segundo momento o infrator como inimigo da sociedade e, por fim, a restrição de direitos e a potencialização das penas.

3.1 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Entende-se por velocidade do Direito Penal o tempo em que o Estado leva para punir o autor da infração penal. Ademais, as velocidades têm sua característica de atuação conforme a gravidade do delito. Para uma melhor compreensão, é necessário entender cada velocidade.

No tocante a teoria das velocidades do Direito Penal, a primeira velocidade é aquela que representa o arcabouço de infrações penais que correspondem as penas de prisão de um modo geral. Neste aspecto, essa velocidade teria como característica principal a rigidez de alguns princípios político-criminais de natureza clássica, dentre eles as regras gerais de imputação e os princípios e garantias processuais, visando proteger o cidadão em face do poder do Estado. Trata-se da aplicação Direito Penal de última razão, com as garantias fundamentais, o qual exterioriza-se pela “prisão” visando, acima de tudo, à proteção de direitos e garantias clássicos. (RODRIGUES, 2013).

Sendo assim, esta velocidade é caracterizada por atingir os crimes com pena privativa de liberdade, exigindo a observância do devido processo legal e garantias constitucionais.

No que diz respeito à segunda velocidade, destaca-se que podem ser compreendidos como integrantes desta velocidade os demais gêneros de sanções penais. Neste contexto, as características se assentam na relativização das garantias penais e processuais penais, com o principal enfoque na substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito ou de caráter pecuniário, levando-se em conta o caso concreto, no que tange ao mal causado. Em outras palavras, de uma forma bastante sintética, ocorrida a flexibilização do cerne do direito penal, qual seja os princípios e garantias processuais, haverá também a aniquilação da pena de prisão. (RODRIGUES, 2013).

A segunda velocidade do Direito Penal, por sua vez, refere-se aos crimes em que é cominada uma menor quantidade de pena. É possível especificar que determinada velocidade relativiza e do mesmo modo flexibiliza os direitos e garantias fundamentais, considerando que, a punição do infrator é mais rápida. Entretanto, para equilibrar a celeridade bem como a relativização e flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, a segunda velocidade é aplicada aos crimes que não incluam como sanção a pena privativa de liberdade, isto é, aos crimes que resultam em penas alternativas.

Uma das maiores vantagens, atribuída aos adeptos desta referida teoria, assenta-se na ideia da possibilidade de uma persecução penal mais célere, alcançando inclusive poderosos grupos sociais, acabando com o estigma de que a justiça e o direito penal só são aplicados em face dos menos privilegiados. (RODRIGUES, 2013).

Trata-se de um modelo completamente antagônico ao da primeira velocidade, uma vez que naquela tem-se a prisão do agente, resguardando os seus direitos e garantias fundamentais, ao passo que nesta, ocorre à aplicação de medidas substitutivas da pena privativa de liberdade, observados, também, os direitos e garantias fundamentais, justamente com o intuito da não aplicação da pena privativa de liberdade. (RODRIGUES, 2013).

Enquanto isso, o Direito Penal de terceira velocidade é conhecido como o resgate da pena privativa de liberdade por excelência, bem como a supressão de diversos direitos e garantias penais e processuais penais. Trata-se, na verdade, de uma mistura entre as duas velocidades já estudadas, ou seja, a primeira e a segunda velocidade do Direito Penal. Utiliza-se da pena privativa de liberdade, característica da primeira velocidade, sendo que, noutro plano, o mesmo se vale da flexibilização de garantias, tanto no plano material quanto processual, identidade da segunda velocidade do Direito Penal. (JULIÃO; DE SOUZA, 2012).

Nessa velocidade, defende-se a punição do criminoso com a pena privativa de liberdade dos crimes considerados de maior gravidade, no entanto, distingue-se da primeira velocidade ao permitir que, para os crimes que são ponderados mais graves, exista a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias fundamentais.

Caminha-se, desta forma, para uma rápida punição ao infrator, que comete crimes graves pelo ordenamento jurídico, satisfazendo, de certa forma, o sentimento de justiça da sociedade.

A terceira velocidade do Direito Penal, por fim, nos remete ao Direito Penal do inimigo, visto que, os crimes considerados mais graves serão punidos de forma célere ao passo que se eliminam ou flexibilizam determinados direitos e garantias fundamentais. É nesse contexto que se edificou a teoria, bem como quem seriam os denominados inimigos do Direito Penal. Segundo esta ótica, este seria um Direito Penal considerado de emergência ou de exceção.

Antes de adentrar-se na teoria do Direito Penal do Inimigo, também objeto desse trabalho, faz-se necessário entender à definição de Direito Penal do cidadão, caracterizado por ser aquele que, mesmo após ter cometido determinado delito, apresenta garantias de que vai se administrar como pessoa da sociedade e, ainda, atuar com total zelo ao Direito. Esse é considerado o autor de crimes regulares, afinal ele resguarda uma conduta de fidelidade jurídica intrínseca, mantendo seu atributo de cidadão portador de direito porque não se opõe ao sistema social. (FAYET, 2013).

Superada essa questão, é necessário, ainda, tecer alguns comentários acerca da caracterização de alguns institutos jurídicos na ótica do Direito Penal do Inimigo. O inimigo, diferentemente dos cidadãos, abandona o Direito de modo permanente, e é justamente a partir desse momento em que perde o seu status de cidadão. Ou seja, se estabelece que é por meio da reincidência, da habitualidade, da delinquência profissional e da associação em organizações delitivas estruturadas que ocorre a passagem do “cidadão” ao “inimigo”. Nesse cenário, o Direito Penal do Inimigo carece ser destacado como fonte de perigo e mecanismo para intimidar as outras pessoas.

Representa uma etapa em que a intervenção penal é antecipada com o intuito de evitar danos futuros que possam prejudicar a sociedade, principalmente interferindo nas garantias de segurança desta. Ademais, em síntese, o Direito Penal do Inimigo tem como visão a coerção dos indivíduos que se inserem na sociedade e se desvirtuam incessantemente, acreditando que esses sujeitos não merecem que o Estado os trate efetivamente como pessoas, já que são os responsáveis pela vulnerabilidade do mesmo. (FAYET, 2013).

Destaca-se que distintamente do cidadão, o inimigo recebe um direito chamado de exceção, que é aquele completamente embasado em medidas extremas e totalmente oposto a um regime constitucional de direito, podendo até ser denominado um “direito de guerra” em que tudo é possível contra o inimigo.

Entende-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo é constituído em um gênero de direito penal do autor que se contrapõe ao direito penal do ato, pois o indivíduo denominado inimigo deixa de ser classificado como tal pela sua conduta lesiva ao bem jurídico e passa a ser visto pela maneira que se porta perante o ordenamento jurídico. (FAYET, 2013).

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria desenvolvida por Günther Jakobs, na qual se defende a ideia de que devem existir dois tipos de direito: um direito penal voltado para o cidadão e outro para o inimigo, contudo, ambos sendo parte que pertence ao mesmo contexto jurídico-penal. Visto de uma maneira simplificada, o conceito de Direito Penal do Inimigo trata-se de que pessoas consideradas “inimigas da sociedade” não necessitam obter as mesmas garantias e benefícios que são atribuídos pelo Direito Penal para os indivíduos que são entendidos e considerados como cidadãos. (MARTINS; ESTRADA, 2009).

Conforme os autores Lígia Inoue Martins e Fernando Bonfim Duque Estrada,

[...] o Direito Penal do Cidadão seria aquele aplicado contra indivíduos que, a princípio, não delinquem persistentemente, e que oferecem certa garantia cognitiva mínima de que terão um comportamento pessoal, demonstrado através da obediência e fidelidade ao ordenamento jurídico. Já o Direito Penal do Inimigo seria aquele aplicado contra indivíduos que se desviam por princípio, e que não demonstram, de forma objetiva, que atuarão como pessoas. (MARTINS; ESTRADA, 2009, p. 103).

Jakobs sustenta, dessa forma, uma condição de despersonalização daqueles indivíduos que exibem potencial latente de periculosidade para a sociedade. Ou seja, eles não são privados de todos os seus direitos, contudo, em certos aspectos, são desprovidos dos mesmos direitos que um verdadeiro cidadão usufrui.

Conforme Luís Greco,

O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos. “O direito penal do inimigo otimiza proteção de bens jurídicos, o direito penal cidadão otimiza esferas de liberdade.” Ao contrário de uma difundida opinião, Jakobs não vê no princípio da proteção de bens jurídicos uma idéia liberal, mas o responsabiliza pelas cada vez mais frequentes antecipações da proibição penal. (GRECO, 2005, p. 214).

Destaca-se que o Direito Penal do Inimigo trata-se de uma teoria que estrutura-se em três pilares, sendo eles: a sanção mencionada não no ato já realizado, mas sim no ato futuro; a sanção sendo desproporcional em relação ao delito ou ao seu potencial prejudicial; e a legislação específica para estes indivíduos que são apontados como inimigos da sociedade.

Por fim, o Direito Penal do Inimigo pode ser compreendido como um meio de alternativa para prevenção da ocorrência de determinados crimes, com uma irritação do caráter punitivo da Justiça. É uma teoria que vai justamente à direção oposta de outras tendências, como a questão da Justiça restaurativa. Por essa razão, determinada questão encontra certo apoio da sociedade, principalmente quando existe um clima de insegurança e medo por parte dos indivíduos.

3.2 O INFRATOR COMO INIMIGO DA SOCIEDADE

O pensamento sedimentado ao longo dos anos na consciência social da linha tênue entre o bem e o mal desempenha um papel de fundamental importância quando falamos nos “inimigos” que a sociedade construiu para si. A afeição criada por alguns personagens e o sentimento de repulsa para com outros faz transparecer padrões valorativos dos seres humanos no que diz respeito à avaliação de condutas que tem reflexo no meio social.

Feitas essas observações, é importante ressaltar, que não são todos os infratores que são vistos como inimigos da sociedade, e, ainda, que, nas “diferentes sociedades”, há oscilações quanto aos reflexos das condutas e os seus desdobramentos.

A valoração é balizada pelas crenças culturais que são específicas de cada demarcação geográfica, sendo vistas com olhos diferentes de acordo com cada lugar. Tome por exemplo o indivíduo que explora e abusa da mão de obra alheia. No contexto das pessoas exploradas o mesmo é visto como vilão, sendo que, possivelmente, aos olhos das demais pessoas na sociedade é visto com prestígio e respeito em consequência da sua fortuna (a mesma que foi construída por meio da infringência da lei).

O exemplo supracitado pode ser moldado para ser inserido nos mais diversos contextos, como no âmbito do tráfico de drogas, onde a comunidade vê o traficante como uma pessoa que realiza “favores” para com os mesmos, visão totalmente

distorcida da realidade. O que se pretende mostrar, em verdade, é que há demasiado subjetivismo e que a equação que resulta nos “inimigos sociais” é constituída de incontáveis variáveis.

Ressalta-se que a teoria do direito penal do inimigo define a existência de duas espécies de Direito Penal, sendo a do cidadão e do inimigo. Ademais, o direito penal do cidadão mantém todas as garantias inerentes ao sujeito considerado de direito, já o direito penal do inimigo suprime todas as garantias e age de forma extremamente rigorosa com aqueles que não podem mais ser considerados como cidadãos, os determinados inimigos da sociedade. (JULIÃO; DE SOUZA, 2012).

A questão que permeia a teoria do direito penal do inimigo é que, dependendo de como o indivíduo é visto aos olhos da sociedade, o direito penal pode ser mais ou menos incisivo, o que, conseqüentemente, reflete no sistema de garantias e direitos. Ao vilão, punição e crueldade, aos iguais, misericórdia e direitos. Essa linha de pensamento, mesmo que de forma simplória, traduz a ideia que dá suporte à teoria.

O inimigo da sociedade é considerado como quem se conduz à negação do Estado de Direito. Ademais, o direito penal do inimigo nos traz a reflexão de que o mesmo ainda não integrou o sistema jurídico brasileiro, devido à possibilidade de causar resultados de instabilidade jurídica, visto que as razões da negatização do indivíduo como um não cidadão possam atender critérios pessoais do juiz, afastando algumas garantias constitucionais, o estado democrático de direito e colocando o agente em um status de inferioridade social. (JULIÃO; DE SOUZA, 2012).

Diante disso, acaba acontecendo inevitavelmente à realidade de um contexto jurídico fragilizado, assim, surgindo o direito penal do inimigo, que para determinadas pessoas possui aspectos repulsivos, entretanto a sua aplicação acerca-se à sanções com características fortes, tendo como intuito a punição do delinquente que haja com interesse de viver em um estado de guerra e fora das leis penais existentes. (ASSIS, 2019).

Conforme preceitua Alexandre Rocha Almeida de Moraes,

O ‘inimigo’ é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele dirá Jakobs, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognitivamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas

que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente. (MORAES, 2008, p. 30).

Nessa linha de pensamento, o autor Günther Jakobs formula uma espécie de guerra contra condutas criminosas, ou seja, um apelo jurídico para proteger o cidadão considerado de bem e afastar o enumerado como inimigo. Para o autor, o inimigo sempre será um inimigo e ele nunca irá cumprir a pena, cabendo à vítima o prejuízo ao qual o agente deu causa. (ASSIS, 2019).

Nessa lógica, o dano de uma vítima estende-se a toda a sociedade, uma vez que se o delinquente não é responsabilizado pelos delitos que comete, continuará com as atividades delituosas, sendo, assim, trazido o pensamento de que esse agente poderá vir a causar prejuízos a outras pessoas, por meio de condutas semelhantes ou distintas. (ASSIS, 2019).

Para tanto, o inimigo da sociedade traduz-se como um indivíduo que age com intenção de destruir a paz social através de delitos constantes. Nesse sentido, o Estado tem a obrigação de agir com pura coação contra esse criminoso, extinguindo assim o perigo que possa ser causado para a sociedade. O entendimento que é transmitido pelo direito penal do inimigo é que se busca uma punição contra aqueles que nunca conteriam uma sanção justa, se fosse à sanção a ele estabelecida avaliada por meio do equilíbrio nas implicações acarretadas a vítima ou a sociedade. (ASSIS, 2019).

Ou seja, o inimigo é aquela pessoa que, ao contrário do cidadão, não oferece garantias cognitivas que irão ser fiéis à norma, assim, por não aceitarem as regras do Estado de Direito, não podem gozar dos benefícios que ele oferece aos cidadãos legítimos. Dessa forma, não sendo um sujeito processual não faz jus ao procedimento penal legal, e sim a um procedimento de guerra.

Conforme Renata Fernanda de Carvalho,

Para o inimigo da sociedade ficam suprimidas as garantias processuais, como o contraditório, ampla defesa, constituição de defensor, tendo em vista que ele representa uma ameaça para os demais e para a segurança e ordem pública, possível ainda ser restringida sua incomunicabilidade, pois em uma guerra o importante é vencer mesmo que haja deslealdade com o oponente. Como há um grande perigo imposto à sociedade pela existência do inimigo, tão logo não se faz o juízo de culpabilidade e sim de periculosidade, de modo que as penas aplicáveis são as medidas de segurança, pois estas podem ser aplicadas por tempo indeterminado, podendo haver a exclusão do indivíduo do âmbito de relações da sociedade em quanto perdurar a situação de perigo em que possa voltar a praticar infrações. (DE CARVALHO, 2012, p. 60).

Seguindo essa linha de pensamento, “por se tratar de um sujeito que causa temor na sociedade, ameaçando constantemente, deve assim haver antecipação da pena, norma jurídica, para assim prevenir inclusive quanto aos atos preparatórios, sem a redução significativa da punição.” (DE CARVALHO, 2012, p 60). Isto quer dizer, ao indivíduo que é considerado inimigo da sociedade, considerando o perigo que ele apresenta para a segurança jurídica, é necessária a aplicação de um rito processual diferenciado dos demais, atentando-se a critérios que sejam objetivos e com a máxima aplicação da norma jurídica, com o escopo de que a lei seja cumprida e esse inimigo seja separado das pessoas de bem no contexto social.

Diante do exposto, é importante salientar que coagir um criminoso é retroceder todo o aspecto da questão de ressocialização que a pena deveria ter, é a aplicação ininterrupta de sanção àquele que antes era considerado como pessoa e deixou de ser. Isto é, todo esse idealismo subjetivo destacado por Günther Jakobs separa o inimigo das relações constituídas pelo direito sendo que suas relações devem ser organizadas por outra ciência que não seja o direito.

Nas palavras de Emília de Freitas Neves,

Adotar as medidas que a teoria do Direito Penal do Inimigo preceitua, seria aceitar a saída de um Estado Democrático de Direito, onde a dignidade da pessoa humana constitui-se como princípio máximo, para entrada de um Estado totalitário, no qual o inimigo é uma ameaça e deve ser tratado de forma hostil. (NEVES, 2010, p.47).

Por fim, chega-se ao entendimento, então, de que o direito penal do inimigo é um apelo jurídico em tempos de guerra contra aquele que não demonstra uma segurança cognitiva mínima no contexto social, através de uma filosofia idealizadora formada por uma concepção de direito penal baseada na coação, separando o inimigo das relações do direito, porque o inimigo apresenta um perigo iminente para a sociedade.

3.3 RESTRIÇÃO DE DIREITOS E POTENCIALIZAÇÃO DAS PENAS

A lógica que orienta a atuação punitiva do Estado vislumbra a ressocialização do indivíduo infrator e a sua reinserção na sociedade, possibilitando que o mesmo tenha possibilidade de ter uma vida digna e que não mais volte a delinquir. Ademais,

a função preventiva da pena também exerce coação psicológica no sentido de manter o cidadão como cumpridor dos seus deveres e respeitoso perante a lei.

Nessa perspectiva, entendendo o direito penal e a própria pena como instrumentos a favor da sociedade, sedimenta-se uma gama enorme de princípios que vêm dar guarida aos direitos inerentes a cada ser humano. Essa é a principal diferença e o cerne da teoria que orienta o direito penal do inimigo, pois, nesse outro cenário (do direito penal do inimigo), há um processo de redução de garantias e direitos e o conseqüente enrijecimento das penas. (MORAES, 2008).

Volta-se, uma vez mais, ao pensamento que alicerçou a teoria do contrato social. Para que o indivíduo desfrute das benéncias do convívio social organizado e regado, é preciso que o mesmo se submeta a disciplina exigida para com o sistema. Por conseqüência, a teoria do direito penal do inimigo, em outras palavras, afirma que caso o indivíduo deixe de respeitar as prescrições legais que orientam a vida em sociedade ele deixará, também, de ser merecedor dos seus “benefícios”.

O processo é antagônico, e opera de forma particular, em duas situações diferentes. Quebrando o contrato social e, conseqüentemente, “conquistando” o papel de delinquente frente à sociedade, no âmbito do direito penal do inimigo, há uma considerável diminuição dos direitos e garantias do indivíduo, ao passo que, de forma inversa, ocorre a potencialização das medidas punitivas e reprimendas conseqüenciais.

Os reflexos da conduta criminosa ocorrem de forma automática, e não são exclusivos nas instituições estatais. A primeira reprovação sentida pelo infrator é a da própria sociedade, que, seja por medo ou desejo de vingança, passa a ver o criminoso de uma forma diferente, passa a vê-lo como um inimigo. (MORAES, 2008).

Nas instituições estatais existem alguns reflexos automáticos, de praxes, pautados na própria lei, do que é exemplo a reincidência, e todos os efeitos dela decorrentes. Além disso, tendo uma vez transgredido as normas que estruturam o sistema, a ficha criminal da pessoa também não mais será a mesma. É inegável que a massa que garante o funcionamento dos órgãos ligados à segurança pública e a justiça também passam, por assim dizer, a dar uma atenção especial para esses indivíduos.

A credibilidade do indivíduo não mais persiste, e tudo vai ficando mais difícil na sua caminhada. A restrição dos direitos, portanto, se dá de maneira formal e

informal, acontecendo não só no que se refere ao âmbito das relações jurídicas, mas também no seu dia a dia, no relacionamento social. (MORAES, 2008).

A restrição informal, apesar de não poder ter efeitos diretos sobre direitos por incorrer em afronta à lei, reflete de forma indireta sobre os infratores. O bom convívio social é indispensável para que as pessoas consigam manter uma boa saúde mental, arrumar trabalho, entre outras coisas, para que, enfim, possam usufruir dos benefícios oriundos da vida em sociedade.

A restrição formal de direitos, no contexto do direito penal de inimigo, é de maior visibilidade, mais palpável. Os direitos restringidos, refletem, primeiramente, no processo. Ao “inimigo”, não há o que se falar em contraditório e ampla defesa, tampouco sobre duração razoável do processo para que os fatos sejam analisados cuidadosamente como medida de inteira justiça. (MORAES, 2008).

O processo não pretende buscar autoria ao fato, que já é imputado *a priori*. O que se discute, em verdade, é a quantidade de pena a ser cominada para o indivíduo, tendo em vista a certeza da condenação. Temos um exemplo claro dessa prática na história, no período da inquisição, acerca dos crimes cometidos, tentados ou mesmo imaginados contra a igreja, e a forma como se desdenhava, ríspida e impiedosamente, a persecução penal e o exercício do *ius puniendi*.

Ao restringir as garantias processuais, além de se estar praticamente anulando a defesa e o contraditório para que o acusado possa expor, também, a sua versão dos fatos, estar-se-á permitindo que se caminhe a passos largos para a condenação e a subsequente execução da pena, caracterizando, portanto, uma resposta objetiva ao delito supostamente praticado. (NEVES, 2010).

Contudo, não são só as garantias processuais que sofrem essas restrições. A teoria do direito penal do inimigo assevera restrições que afetam, também, o direito material, refletindo diretamente no cumprimento da pena. Não há o que se falar, por exemplo, em direitos do preso, da pessoa que sofre privação da sua liberdade. O “inimigo da sociedade” só executa deveres enquanto recolhido, e a pena nada mais é do que um castigo no que se refere ao delito cometido. (FAYET, 2013).

Em sentido contrário ao exposto, ou seja, da diminuição de direitos e garantias do indivíduo infrator, está a potencialização da sanção penal, o que não acontece unicamente no sentido de exasperação do tempo de privação de liberdade, mas nas consequências e no próprio cumprimento da pena.

Ressalta-se que o conceito de pena não se trata de um conceito jurídico, mas sim um conceito que é político, do mesmo modo que é o da guerra. Assim sendo afastada a legitimidade jurídica e sendo feita uma aproximação à pena do conceito de ato de poder político, os seus apoiadores pretendem controlar o poder punitivo com a potencialização de um Estado Democrático, visto que teria margem, de maneira política, para ampliar as ações públicas calcadas no humanismo.

Todavia, a materialização da punição no contexto do direito penal do inimigo observa tão somente uma lógica: combater o mal realizado pelo infrator e causar-lhe maior sofrimento. A política realizada com a sanção penal, nesse cenário, é a de promoção pessoal, a “politicagem”, e não política social ou política criminal, métodos que orientam as atividades estatais e proporcionam uma margem maior de acerto.

A exasperação da pena e demais complicações no seu cumprimento vem ao encontro da vontade social emocionalmente carregada, do sentimento de vingança, da necessidade de demonstração do poder do Estado e da esperança de contorno aos demais problemas sociais. Nesse sentido, todas as vontades são satisfeitas, e o império da lei permanece vigorando. (DE ARAÚJO JÚNIOR, 2011).

É importante ressaltar que o trabalho não representa uma crítica à punição dos infratores, que merecem ser responsabilizados pelos seus atos e passar pelo processo de ressocialização, mediante a oferta, pelo Estado, dos mecanismos adotados. O que se pretende, em verdade, é mostrar a lógica dos procedimentos punitivos, bem como que o seu aumento ou diminuição não caracterizam uma ferramenta apropriada ao combate das patologias sociais.

Dessa forma, quando a pena deixa de ser balizada pelo viés da ressocialização e busca neutralizar o indivíduo e suas ações, ainda, aumentando o sofrimento e castigando-o, alimenta-se de forma nítida um possível reincidente em condutas que causem outros problemas sociais.

Portanto, mesmo quando o infrator é visto como um “inimigo da sociedade”, não se pode perder de vista os princípios que orientam a atuação estatal, justamente porque os efeitos dessa prática descontrolada poderão ocorrer de forma mais intensificada no próprio Estado. Enquanto a atenção se prende no indivíduo infrator e os esforços permanecerem direcionados e focados na etapa da persecução penal e do exercício do *ius puniendi*, outros infratores continuarão a surgir.

CONCLUSÃO

O presente estudo abordou a hipercriminalização, a tolerância zero e o direito penal do inimigo, sob a égide do contexto social e jurídico. Delimitando-se a análise da criminalidade contemporânea frente ao processo de hipertrofia legislativa no sistema criminal. Assim, buscou-se uma aproximação conceitual de cada instituto e a sua contextualização de acordo com a proposta do trabalho, demonstrando, por meio dessa lógica sequencial, os problemas advindos de se utilizar a criação demasiada de crimes e o enrijecimento da persecução penal como ferramentas para a solução de problemas sociais.

O sistema jurídico-penal resulta de um conjunto de fatores que permanecem em constante evolução, na tentativa de acompanhar as transformações sociais, bem como a própria lógica de atuação do Estado. Tendo em vista que, todo o direito posto, na contemporaneidade, foi estruturado nessa perspectiva e, conseqüentemente, passou por alguma violação ao longo da história.

Ademais, a evolução da lei penal encontra-se diretamente relacionada ao desenvolvimento social, e as suas ferramentas, disposições e princípios por sua vez têm se adaptado as condições impostas nos distintos períodos. O surgimento de novas condutas ilícitas, fez com que o Direito Penal, através do uso da política criminal, ampliasse o seu campo de reflexão, do mesmo modo que, de atuação.

Nesse contexto, o reflexo social que é transmitido pela atuação de forma expansiva do Direito Penal é visivelmente insatisfatório, uma vez que as questões positivadas no ordenamento jurídico incluídas ao uso indisciplinado do direito penal para suprir questões relacionadas aos outros campos da atuação estatal representam o insucesso da política criminal.

Nessa perspectiva de atuação é ignorada a função de última *ratio* do Direito Penal, refletindo que a pena deve ser utilizada tão-somente quando todas as demais alternativas e ferramentas que estão em responsabilidade do estado não forem suficientes para preservar o direito, bem como a ordem jurídica.

É necessária a compreensão de que a atuação subsidiária do direito penal no que diz respeito à proteção do sistema jurídico não menospreza determinado instituto em face de outro, uma vez que, tão-somente, concretiza uma atuação guiada pelos princípios e diretrizes que visam à manutenção das relações sociais

por meio da efetivação plena dos direitos sem a necessidade, elementar, de exercício do poder de punir.

Entretanto, a teoria nem sempre corresponde à prática, e as doenças sociais, assim consideradas as condutas que fracionam e confrontam o sistema jurídico, têm resultado em uma instabilidade na estrutura estatal, motivo pelo qual o sentimento de insegurança e medo prevaleça sobre os indivíduos do círculo social. Cenário que tem verificado uma produção legislativa de maneira irracional, assim, ignorando os pressupostos e princípios que em tese deveriam servir de norte para a sua constituição, incidindo a ser, meramente, uma resposta aos anseios acendidos da sociedade.

A legislação penal simbólica baseada na perspectiva de dar uma resposta aos anseios da sociedade por de justiça, denota, dessa forma, a atuação e presença estatal nas relações sociais. De tal modo, fazendo transparecer o poder que o Estado tem de mascarar uma solução para os problemas vivenciados, adiando, na verdade, os seus verdadeiros resultados e conseqüências.

Infelizmente, a necessidade de impor a sanção penal acaba ultrapassando e implicando na sanidade do processo, assim, corrompendo a sua verdadeira finalidade, modificando-a, conseqüentemente, em um instrumento de confirmação de valores e direitos.

Diante disso, é necessário salientar que a lei deve ser resultado de um procedimento racional de formulação, levando-se em consideração todos os aspectos que são designadamente ponderados pela questão da política criminal, de modo que a sua estruturação seja ordenada e norteada com o intuito de fazer prevalecer-se os objetivos sociais que motivaram a sua constituição e até hoje amparam a teoria da convencionalidade.

Nesse sentido, frisa-se que o texto normativo não é conveniente se não pode ser executado, em seu inteiro teor, na prática. Considerando que a criação das leis penais precisa buscar um método que seja capaz de intervir no campo social de uma maneira eficaz, com a finalidade de sanar as suas alterações por meio da sua dosagem e aplicação de forma adequada.

As questões de praticidade, racionalidade e capacidade de concretização dos comandos normativos, quando seguidas dos princípios norteadores do direito penal, devem ser o caminho trilhado no processo de produção legislativa.

Ademais, o respeito à ordem social, juntamente com a busca pela ressocialização do indivíduo infrator e a ascensão da norma penal são premissas que devem ser apreciadas nesse processo. É essencial que a lei penal interaja com a realidade social a que está sujeitada, servindo de norte o para os cidadãos no tocante a sua conduta para com os seus semelhantes. Ademais, o texto jurídico deve apresentar comandos normativos que tornem possível aos seus destinatários a primorosa compreensão e interpretação do que é esperado.

Com a utilização da política criminal é possível que legislador execute um processo que seja mais didático e coeso, de forma que se organize e sistematize os princípios e diretrizes que são considerados essenciais para a sadia manutenção do ordenamento jurídico. Ou seja, É de suma importância, pois, se configura como uma técnica de aplicação e análise do direito, que permite elevá-lo de patamar, no que tocante a sua coerência e integridade.

No entanto, é importante frisar que a simples utilização da política criminal (única medida) não significa uma “vitória” da legislação penal, considerando que, para que isso ocorra, o ambiente social e jurídico necessita de uma conjugação de fatores. Sendo que, na verdade o que se pretende é conseguir alcançar uma realidade na qual o sistema não seja tão fragmentado, isto é, onde a presença de lacunas e imperfeições não seja tão enfática, de modo que o sistema possa se tornar autossuficiente.

A partir do momento em que a lei não se faz cumprir perante a boa vontade dos cidadãos, ou ainda com a atuação da atividade conjunta do Estado e sociedade na efetivação de políticas públicas no sentido de conscientizar o povo, busca-se socorro no Direito Penal.

Pune-se em face do delito, da transgressão que ordenamento jurídico sofreu, e é justamente essa conduta exteriorizada pelo infrator que legitima o exercício do *jus puniendi*. No seu exercício prático, ao mesmo tempo em que busca retribuir a conduta delituosa, também, pretende intimidá-la (prevenir). Em verdade, a sanção penal representa o poder soberano do Estado nas relações jurídicas, o qual detêm o monopólio do poder punitivo.

Podem-se auferir resultados bastante satisfatórios em relação às hipóteses inicialmente perseguidas por esse trabalho. Nesse aspecto, a própria expansão do Direito Penal evidencia/caracteriza um reflexo da realidade social vivenciada, na medida em que se apresenta como uma resposta aos anseios e pretensões sociais

de uma sociedade instável política e emocionalmente, orientada, na maioria das vezes, pela insegurança e pelo medo.

Por fim, todo o contexto da atuação do Estado, relacionada ao funcionalismo do Direito Penal e o uso da pena nesse panorama, enquanto detentor do monopólio do poder jurídico, configura um mecanismo/ferramenta de controle social exercida/empregada para mascarar possíveis omissões/falhas no desempenho das suas precípuas atribuições e na incumbência de suas obrigações. Logo, configura-se uma falha histórica na construção do sistema legislativo (penal), uma vez que a soma de todos os desdobramentos desse processo de estruturação desencadeia os efeitos que hodiernamente afrontam o seio jurídico/social, e, a teor da argumentação exposta, precisa ter um aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Patrick Borba. **O direito penal simbólico e a contemporaneidade**. I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 01, 2019.

ASSIS, Caio Antunes de. **Direito penal do inimigo: direito para o cidadão e sanção ao criminoso**. 2019.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e Proibição de excesso como limites à expansão penal**. 2015.

BUENO, Marisa; GARCIA, Rogério Maia. **A Crise do Sistema Punitivo: Entre a Hipercriminalização e a Prisão Preventiva Como Antecipação de Pena**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 850, 18 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/59-artigos-nov-2008/5919-a-cri-se-do-sistema-punitivo-entre-a-hipercriminalizacão-e-a-prisao-preventiva-como-antecipacao-de-pena>

DAHER, Roberto José. **História do direito penal**. Revista Eletrônica FACP, n. 1, 2012.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Liberdade e segurança em Direito Penal**. O problema da expansão da intervenção penal. Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2013.

DE ARAÚJO JÚNIOR, Isac Tolentino. A contemporaneidade da prisão e do sistema punitivo: sistema pós-correcional no capitalismo de barbárie. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 3, n. 1, p. 33-61, 2011.

DE CARVALHO, Renata Fernanda. **Direito Penal do Inimigo**. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 24, n. 24, 2012.

DEL MONTE, Thaís. Reflexos das novas formas de criminalidade nos princípios limitadores do poder punitivo estatal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 16, n. 23, 2012.

DOS SANTOS, Alberto Marques. **Criminalidade: causas e soluções**. Juruá, 2006.

DOS SANTOS ARAUJO, Igor Eduardo. **Direito penal simbólico na modernidade líquida: Ensaio criminológico na perspectiva Baumaniana**. Revista Transgressões, v. 5, n. 2, p. 69-81, 2017.

NEVES, Emília de Freitas. **Direito penal do inimigo: uma afronta ao estado democrático de direito?**. 2010.

FAYET, Fábio Agne et al. **Direito Penal do inimigo**. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha-FSG**, n. 14, p. 01-14, 2013.

FERREIRA, Allan Hahneman. Tolerância zero e lei e ordem: os ditos e os interditos do poder punitivo—Estado de Goiás de 2003 a 2009. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**, v. 2, 2010.

GARRIDO, Adriana Cristina Oliver. Fatores sociais de criminalidade. **Minas Gerais: Atenas**, 2006.

GINDRI, Eduarda Toscani; DE NARDIN BUDÓ, Marília. **A função simbólica do direito penal e a sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 19, n. 19, p. 236-268, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. Em 2009, o populismo penal pode explodir. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12274>. Acesso em: 4 jun. 2021.

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 13, n. 56, p. 80-112, 2005.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

JOLO, Ana Flavia. **Evolução histórica do direito penal**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 9, n. 9, 2013.

JULIÃO, Juliane Helena Pilla; DE SOUZA, Marcelo Agamenon Goes. Direito Penal do Inimigo. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 8, n. 8, 2012.

MARTINS, Lígia Inoue; ESTRADA, Fernando Bonfim Duque. **Direito Penal do Inimigo**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v. 11, n. 21, 2009.

MEISTER, Mauro Fernando. **OLHO POR OLHO: A Lei DE TALIÃO NO CONTEXTO BÍBLICO**. Fides Reformata XII, v. 1, p. 57-71, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MUNIZ, Adriano Sampaio. A repressão criminal como reprodução da violência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2838, 9 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18868>. Acesso em: 5 maio 2021.

NASCIMENTO JUNIOR, Aguinaldo Ferreira do Nascimento. **Direito penal simbólico**: a ineficiência do sistema penal contemporâneo. *Jures*, v. 8, n. 17, 2019.

NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista do Direito Público**, v. 5, n. 2, p. 202-220, 2010.

OLIVEIRA, Alice Q. **A expansão penal e o direito de intervenção**. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPENDI. Brasília-DF. 2008. p. 5.042-5.057.

PEREIRA, Marília Gabriela Andrade. A política da tolerância zero como controle da criminalidade no Brasil. **Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 1, n. 1, p. 527-615, 2018.

RIBOREDO, Clara et al. **INFLAÇÃO LEGISLATIVA**. *Jornal Eletrônico Faculdade Vianna Júnior*, v. 10, n. Especial, p. 15-15, 2018.

RODRIGUES, Douglas Henrique Souza. AS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO. **Interitem@s ISSN 1677-1281**, v. 26, n. 26, 2013.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil**. *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, v. 11, n. 16, p. 255-286, 2011.

SILVA, Andressa Piazzzi da. **A hipertrofia do Direito Penal como ameaça ao Estado Democrático de Direito Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 21 set 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47029/a-hipertrofia-do-direito-penal-como-ameaca-ao-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 21 set 2020.

SILVA, Silvia Carolina Pamplona. **O discurso da política penal de tolerância zero**. Monografia (Especialização). Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2006.

SILVA, Fábio de Sá. **Violência e segurança pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo Partido dos Trabalhadores. Coleção O Que Saber, 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Segurança Pública e Cidadania-Uma Análise do Sistema Penal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 243, p. 48-70, 2006.