

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL BARROSO DORNELAS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CORROSÃO
SIMBÓLICA DO GARANTISMO PENAL**

VITÓRIA

2019

GABRIEL BARROSO DORNELAS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CORROSÃO
SIMBÓLICA DO GARANTISMO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Raphael Boldt de Carvalho

VITÓRIA

2019

GABRIEL BARROSO DORNELAS

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A CORROSÃO
SIMBÓLICA DO GARANTISMO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente trabalho visa entender a relação que a mídia possui com o recrudescimento penal como forma de resolução da criminalidade brasileira, bem como realizar uma breve análise do projeto anticrime, verificando sua proximidade com o modelo garantista ou um modelo punitivista. Para tanto, é necessário analisar qual modelo penal o Brasil tem adotado ao longo de sua história. Diante do exposto, o pretende realizar uma análise da influência dos meios de comunicação e as soluções tomadas pelo legislador para resolver o problema criminal brasileiro, realizar um comparativo entre a Teoria Garantista defendida por Luigi Ferrajoli, e o modelo adotado no Brasil, bem como verificar o projeto anticrime, que surge como uma promessa de combater crimes de “corrupção”, se essa solução rompe com os modelos já estabelecidos ou surge como uma solução simplista que comumente é adotado em pelo nosso legislador.

Palavras-chave: Garantismo. Direito Penal do Inimigo. Projeto Anticrime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 CONSTRUÇÃO DO MODELO PUNITIVISTA BRASILEIRO.....	07
1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS BASES PARA O PUNITIVISMO BRASILEIRO	07
1.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PUNITIVISTA	11
1.3 O PUNITIVISMO COMO MODELO AMPLAMENTE UTILIZADO PARA SOLUCIONAR A CRIMINALIDADE NO BRASIL	13
2 GARANTISMO PENAL UMA ALTERNATIVA MAIS HUMANIZADA.....	17
2.1 O GARANTISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.2 A CORROSÃO SIMBÓLICA DO GARANTISMO.....	21
2.3 O SOFRIMENTO DAS CLASSES MAIS VULNERÁVEIS.....	23
3 A NOVA CLIENTELA DO SISTEMA PENAL	28
3.1 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO..	28
3.2 BREVE ANÁLISE DO PROJETO ANTICRIME.....	31
3.2.1 Questões relevantes ao princípio da presunção de inocência.....	32
3.2.2 Redução da aplicabilidade dos embargos infringentes.....	34
3.2.3 Relativização do princípio da individualização da pena	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

As políticas de solução que visam resolver o problema da criminalidade em países em desenvolvimento como é o caso do Brasil e que possuem um alto nível de desigualdade social, em regra, buscam um maior recrudescimento da legislação penal, se baseando em modelos punitivistas e se distanciando de sistemas que buscam uma maior proteção de direitos individuais.

Para tanto, o primeiro capítulo desse trabalho busca demonstrar quais são as bases desse pensamento punitivista, traçando um paralelo com o direito penal do inimigo de Günther Jakobs. Nesse ínterim, seguiremos apresentando qual o papel da mídia para consolidação desse modelo, e por fim, demonstramos a utilização desses tipos de medidas, principalmente por parte do legislador, ao longo da história brasileira.

No segundo capítulo, utilizaremos a teoria garantista defendida por Luigi Ferrajoli como marco teórico e buscamos demonstrar a sua importância na proteção de direitos e garantias fundamentais. Após, realizamos uma breve análise de como tal pensamento tem sido corroído por meio de um discurso de ódio que cresce em nossa sociedade e que tal movimento acaba por prejudicar grandemente as classes mais vulneráveis.

Por fim, o terceiro capítulo busca mostrar uma mudança nos alvos desse direito penal do inimigo, que antes se restringia as classes mais pobres, agora busca uma nova clientela, qual seja, os criminosos de colarinho branco. Assim sendo, analisaremos o Projeto Anticrime, verificando se ele se aproxima de um modelo garantista ou punitivista.

Desta forma, há no universo jurídico atualmente uma discussão a respeito da responsabilidade dos constantes arbítrios praticados pelo Estado em prol de uma segurança absoluta, haja vista as constantes violações de direito nas comunidades mais carentes e na diminuição das garantias do réu do processo penal.

A grande dúvida, portanto, é: qual os resultados dessa intervenção e o quanto desse discurso punitivista que circula nas redes sociais e em jornais sensacionalistas têm contribuído para isso, bem como, se o projeto anticrime partilha desse modelo?

O trabalho se utilizará do método dialético, que pode ser conceituado como um conjunto de processo “[...] Onde o mundo não deve ser considerado como um complexo de coisas acabadas, mas como um complexo de processos em que as coisas passam por mudanças ininterruptas de devir e decadência” (MARCONI, LAKATOS, 2010, p. 83).

O presente trabalho adequa-se ao método proposto, visto que, tem o objetivo de demonstrar como o discurso punitivista presente nos meios de comunicação e na sociedade tende a legitimar uma redução dos direitos individuais, cominando em um enfraquecimento do garantismo penal.

Diante do exposto, o presente trabalho pretende realizar uma análise da influência dos meios de comunicação e as soluções tomadas pelo legislador para resolver o problema criminal brasileiro, bem como realizar um comparativo entre a Teoria Garantista defendida por Lugi Ferrajoli, e o modelo adotado no Brasil, bem como verificar o projeto anticrime, que surge como uma promessa de combater crimes de “corrupção”, se essa solução rompe com os modelos já estabelecidos ou surge como uma solução simplista que comumente é adotada pelo legislador.

1 CONSTRUÇÃO DO MODELO PUNITIVISTA BRASILEIRO

1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS BASES PARA O PUNITIVISMO BRASILEIRO

O Punitivismo Penal é um modelo que tem como característica um aumento das punições de crimes por parte do Estado, bem como uma institucionalização da violência contra determinados grupos sociais.

Para uma melhor compreensão do modelo punitivista deve-se destacar as palavras Debora Regina Pastana:

Assim, a maior parte das medidas penais recentes, engajadas em um modo de ação que expressa a necessidade constante de punição severa, traduzindo o sentimento público de intranquilidade e insegurança e insistindo nos objetivos punitivos ou denunciadores, atesta, ao mesmo tempo, seu caráter inequivocamente "punitivo"(2007,p.31-32)

Antes de analisarmos as consequências e atuação do punitivismo penal como a solução amplamente utilizada pelo legislador brasileiro, como prática de resolução do problema criminal, devemos antes entender qual a lógica de um direito penal que buscar punir mais rápido e com maior rigor.

Nesse sentido, é necessário pontuar, que em muitos casos, o que se cria é um verdadeiro direito penal do inimigo, visto que para determinados crimes e grupos há uma restrição ou diminuição de direitos e garantias, sendo tratados de forma diferente de outros membros desviantes da sociedade.

Nesse ponto, destaca-se as palavras de Günther Jakobs:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, como o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro lado, o tratamento com o inimigo que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. (2015. p.36)

Assim, mesmo que esse tipo de pensamento não seja oficialmente defendido pelo Estado brasileiro, implicitamente é isso que ocorre, já que constantemente ao se

identificar determinados comportamentos como de “alta periculosidade” as primeiras soluções geralmente envolvem uma maior rigidez das leis, criando um verdadeiro direito penal paralelo, um que se aplica aos criminosos “comuns” e ou outros a tipos desviantes que são tidos como “incuráveis”.

Esse tipo de lógica se afasta cada vez mais dos preceitos e garantias constitucionais, tal pensamento nada mais é que um direito penal do autor, dado que quando se elege um grupo ou um tipo como inimigo, mesmo que de forma indireta, o que se tem é um afastamento do fato criminoso e uma aproximação do indivíduo. Pois ao se comparar dois fatos semelhantes de indivíduos distintos um será tratado com um maior rigor em relação ao outro.

Dessa forma, a própria aplicação da pena não está baseada nas ações cometidas pelos agentes, ela atua de uma forma preventiva, no sentido de uma punição aos fatos preparatórios, ainda que tais fatos não cause danos a bens jurídicos relevantes.

Sobre o tema diz Günther Jakobs:

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferença de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza [...], pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho no âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos. (2015. p.34)

Insta salientar, na perspectiva do direito penal do inimigo que nem todo delinquente é um inimigo, de modo que existem cidadãos que cometem crimes, mas ainda se mantem dentro do ordenamento jurídico, dessa forma o conceito de quem são os inimigos é altamente subjetivo dependendo do juízo de quem exerce o poder.

Tais conceitos são criados a partir de um exercício, quase que de futurologia, em que vê no outro a imagem de um agente que causará danos a sociedade, mesmo que de forma potencial. Nesse sentido ensina Zaffarone:

Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós- nem sequer nós mesmo- fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo- e, portanto, da necessidade de contenção- dependerá sempre do juízo

subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de que exercer o poder. (2011, p. 25)

Outro ponto que deve ser analisado é a ideia de prevenção geral por normas, que é uma das bases desse tipo de pensamento, tem-se uma lógica de custo-benefício. Essa ideia faz referência ao cometimento do crime, pautando-se assim que uma sanção muito elevada dissuadiria um possível delinquente de cometer um crime.

Nesse sentido devemos destacar as palavras do professor Silva Sanches:

Em primeiro lugar, que o Direito Penal seja sim eficaz para combater tais fatos ineficientes; para isso, deverão ser introduzidos em suas cominações custos adicionais tais que, na verdade, façam com que o cometimento do delito não compense. Esses custos adicionais resultam do produto da gravidade da pena pela probabilidade de sua imposição e, portanto, podem variar modificando-se qualquer dos fatores [...]. (2004, p. 31)

Para esses autores um direito penal mais rápido e forte, tem a capacidade de desestimular o delinquente, tendo uma função psicológica em toda a sociedade, pois, quando o corpo social percebe que a cada infração cometida há a aplicação de uma pena custosa, os indivíduos de um modo geral não cometeriam crimes bem como teriam uma sensação de que a justiça estaria sendo feita.

Entretanto, ao querer criar tamanha rigidez no nosso sistema, acaba-se corroendo direitos tido como fundamentais bem como a relativização de diversos princípios penais brasileiros, sejam eles constitucionais ou legais, tais como ampla defesa, contraditório, presunção de inocência dentre outros.

Nessa linha, o judiciário saiu de sua função de garantido de direitos, pois esse deve julgar rápido, com o objetivo de condenar e aplicar uma pena pesada, de modo que qualquer tipo de procedimento que não esse, ele sofrerá críticas de leniente, conivente com o crime, corrupto dentre outras, nesse sentido é só analisar a decisão do Superior Tribunal Federal no que diz respeito a prisão em segunda instância, e as pressões realizadas por parte da sociedade.

Deve-se observar, que as mudanças não vêm ocorrendo somente no direito material, no âmbito do processo penal há uma “relativização” do Art. 5º, LVII, da Constituição, pois tem se permitido cada vez mais, prisões preventivas sem qualquer fundamento jurídico, por vezes sendo usadas quase que de modo medieval,

tolhendo a liberdade do acusado ou do réu para se tornar mais fácil uma deleção premiada ou algum tipo de colaboração com a “justiça”.

Em alguns casos há uma “flexibilização” tão grande das garantias individuais, que a proposta que surge para acabar com a criminalidade violenta e a atuação das organizações criminosas nas comunidades carentes é a “Lei do Abate”, nesse tipo de iniciativa, defendida por alguns políticos, bem como por parcela da população, é dado poder para policiais atirarem para matar em pessoas que estão tendo comportamento “suspeito” ou estão cometendo algum tipo de crime.

Tal iniciativa permite que o Estado Brasileiro aja como se estivesse em uma verdadeira guerra, sendo dispensado qualquer tipo de investigação ou processo judicial, permitindo que policias exerçam um julgamento de quais tipos de atos seriam punidos com a pena de morte e tudo isso em um curto espaço de tempo.

Para uma melhor compreensão destaca-se a notícia do G1:

Turmas de 20 policiais civis e militares em aulas de oito horas por dia, de segunda a sábado, durante um mês, antes de ir para as ruas. Assim, o governador eleito do Rio de Janeiro, Wilson Witzel (PSC), pretende preparar nos batalhões e nas delegacias especializadas grupos dos chamados "atiradores designados" para "abater" portadores de fuzil. (MARTINS, 2019)

Esses tipos de medidas demonstram claramente que determinados grupos são tratados como inimigos e que seus comportamentos são punidos com maior rigor, criando assim um verdadeiro direito paralelo, pois se para o cidadão ser condenado sem um devido processo legal já é algo impensável, para esses “inimigos da coletividade”, em contrapartida, é algo totalmente normal e aceitável.

Dessa forma, esse tipo de discurso vem tomando força em nossa sociedade, principalmente depois do aumento da utilização das mídias sociais, em que se torna muito fácil defender qualquer opinião sem qualquer embasamento científico ou um conhecimento mais aprofundado sobre o direito e a realidade fática.

Não obstante deve-se pontuar, que esses movimentos que buscam relativizar os direitos de determinados grupos ou pessoas, transformando-os em verdadeiros excluídos, tendem a crescer e abarcar outras esferas da sociedade, visto que o

processo legislativo está em constante mudança, logo aqueles que hoje estão fora desses movimentos de repressão estatal no futuro poderão ser novas vítimas desse de recrudescimento penal e redução de direito.

1.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PUNITIVISTA

Inicialmente, deve-se analisar qual influência da comunicação de massa em nossa sociedade de modo a estabelecer como esse discurso de corrosão do garantismo penal tem legitimado um arvoreamento do direito penal em detrimento das garantias do acusado.

Nesse sentido pensa Raphael Boldt:

[...] Para o significado contemporâneo da indústria cultural e para a análise do discurso midiático, tem influência não apenas a atuação dos sujeitos processuais e atividade legiferante em matéria penal, mas propiciado a deterioração dos direitos humanos no plano discursivo, deixando portanto, de reconhecer tais direitos como direitos e garantias das pessoas. (2013, p.55)

Deve-se entender que em uma sociedade como a nossa, em que as pessoas estão conectadas com meios de informações em grande parte de seu tempo, seja pelo celular, nas redes sociais ou em sites de notícias, as informações divulgadas têm um poder de influenciar grandemente a forma de pensar e o comportamento dos indivíduos.

Assim, em um ambiente em que a criticidade e a autonomia intelectual cada vez mais são escanteadas, bem como ideais progressistas, em relação ao direito penal sofrem uma constante repressão do discurso dominante, os meios de comunicação se tornam fábricas de opiniões e exercem poder e controle por meio da “super-estrutura” cultural da sociedade. (BOLDT, 2013, p.69)

Dessa forma, o discurso midiático é dominante e baliza o senso comum quanto a aplicação do direito penal, bem como, cria uma criminologia midiática, distorcendo a realidade e criando um imaginário cheia de preconceitos e inverdades sobre o

criminoso, pois tende a demonstrar somente um lado dos fatos, bem como se caracteriza por histórias rápidas e por um único viés, tendo o criminoso como um dos personagens principais.

Em contrapartida, a Constituição Federal em seu Art. 5º garante um direito penal do fato e não do autor, dessa forma não importa quais foram as condutas anteriormente praticadas pelo acusado, o que possui relevância e o delito, que supostamente, o infrator cometeu. Além de possuir outras garantias, como o devido processo legal presunção de inocência, que são muitas vezes corroídos nas falas que pregam um direito penal mais paternalista e interventor.

Sendo assim, quando se analisa o discurso dominante o que se percebe é que existe uma forte tendência a adotar um direito penal do autor, visto que, em muitos casos o que se é relatado é que o indivíduo já é um criminoso contumaz, e que seu delito praticado é só mais um diante de tantos outros.

Nesse sentido, acaba-se criando uma criminologia própria, que presa por analisar não mais o delito, mas quem o comete, insta salientar que os indivíduos que mais sofrem com esses modelos mais repressores, são aqueles que moram nas comunidades carentes, já que quando se discute repressão penal, ocorre uma maior redução de direito nessas classes, que já são diariamente excluídos, um exemplo disso é a “lei” proposta pelo novo governador do Rio de Janeiro.

Ainda sobre o tema, quando o chefe do executivo de um estado fala em criar uma “lei do abate”, grande parte da população tende a aceitar, já que existe uma imagem criada sobre quem é o traficante e o que ele faz, mesmo que, muitos desses indivíduos nunca tiveram contato com o tráfico

Sobre o tema destaca-se as palavras Salo de Carvalho:

Assim, a análise sobre proliferação das imagens da violência e a exposição das pessoas à cultura do crime na sociedade contemporânea tornam-se objetos de exploração que permite à criminologia romper com as barreiras entre o espaço real e o espaço virtual e ingressar nesta confusa realidade dotada de alto poder de produção subjetivista. Ademais, a capturação do crime e do desvio pelo mercado e a sua transformação em produto consumível geram fenômenos de estetização, esterilização, glamorização e fetichização, potencializando as representações e densificando, na cultura,

simbologias, normalmente moralizadoras, sobre a questão criminal. (2015. p. 89)

Por fim, devemos pontuar que esse discurso que reverbera em alguns meios de comunicação, é um mito que permeia a sociedade, que o direito penal é capaz de solucionar todos os problemas, de modo que, o jurídico passa a intervir cada vez mais na vida do indivíduo, e com isso quando se trata do problema criminalidade a única solução possível é criminalizar.

Nas palavras de Raphael Boldt:

O fascínio na solução penal se insere no contexto da crescente judicialização dos conflitos, tendência verificada no mundo contemporânea, no qual as instâncias decisórias concretas ampliam a sua importância em virtude da complexidade crescente e da pulverização dos espaços significativos comuns que favorecem a exacerbação do individualismo ético. (2018 . p.36)

Assim, podemos observar que esse mito criado tem como consequência uma legitimação para uma maior arbitrariedade do Estado, bem como uma maior repressão das classes mais vulneráveis, tendo como consequência uma legitimação dos poderes constituídos, fazendo com que os direitos individuais e o garantismo penal seja cada vez mais posto de lado.

1.3 O PUNITIVISMO COMO MODELO AMPLAMENTE UTILIZADO PARA SOLUCIONAR CRIMINALIDADE NO BRASIL

Para que se possa firmar uma compreensão melhor a respeito do tema, devemos analisar algumas leis ou institutos criados ao longo da história do direito penal brasileiro e quais foram seus objetivos, principalmente aqueles que foram estabelecidos após o cometimento de determinados.

Primeiramente devemos fazer uma breve análise da lei de crimes hediondos, tal lei foi criada no governo Collor, como tentativa de conter a violência o legislador definiu alguns crimes como hediondos, aumentando seu tempo para progressão de regime, aumentando o tempo da prisão temporária, dispunha inclusive que para quem

cometesse tais crimes, que deveriam cumprir sua pena em regime fechado, essa disposição foi considerada inconstitucional.

Nesse passo, Gabriel Habib dispõe sobre a lei de crimes hediondos:

O legislador brasileiro da década de 1990, influenciado por toda uma ideia de Direito Penal Máximo, Movimento de Lei e Ordem (Law and Order), bem como pela Teoria das Janelas Quebradas (Broken Windows Theory) implantou um movimento de política criminal bastante severo como forma de tentar diminuir a criminalidade. Para isso, criou tipos penais, aumentou penas de tipos penais já existentes, recrudescer o regramento do regime de cumprimento de penas para alguns crimes etc. (2015, p. 252)

Ainda sobre a lei de crimes hediondos, no início de sua criação o rol de crimes que eram tidos como hediondos era bem menor se comparada com os de hoje, pois inicialmente os crimes hediondos se limitavam a, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, epidemia com resultado morte.

Entretanto com o passar dos anos vários tipos foram acrescentados à lei penal, quais seja, homicídio qualificado e praticado por grupo de extermínio, lesão corporal dolosa de natureza gravíssima -art. 129, § 2^o - e lesão corporal seguida de morte - art. 129, § 3^o -, quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, estupro, estupro de vulneráveis.

Tais medidas só demonstram que quando se quer resolver problemas criminais que estão tendo muito enfoque da mídia, que existe uma pressão social ou de determinados grupos da sociedade, a solução tida como imediata é a criação de novos tipos penais ou a transformação de um tipo já existente em hediondo.

Dessa forma, muitas leis são criadas para fins eleitoreiro dando uma resposta “rápida” a sociedade, mas se despindo de total senso crítico e fugindo de temas que são realmente importantes para o país, buscando somente assuntos que repercutirão de maneira positiva ao eleitorado

Sobre o tema dispõe Adeodato:

Dentre outras, evita decidir sobre temas importantes, porque assim consegue congruar mais eleitores, por sua vez ignorantes, inconscientes ou desinteressados das opiniões de “seus representantes”. Por isso não legisla sobre interrupção terapêutica do parto de feto mero-encefálico, pesquisas com células-tronco, até greve de funcionários públicos, nem união homoafetiva, apenas como exemplos. (2017, p.36)

Ainda sobre o tema de criação de novos crimes devemos destacar a lei 13.772/18 que criou os tipos importunação sexual e os crimes de exposição da intimidade sexual, nesse ponto não se deve fazer juízo de valor quanto a necessidade ou não desses novos tipos, mas da forma que se deu essa criação.

No ano de 2018, foram veiculadas inúmeras matérias em jornais, sobre a violação que várias mulheres vinham sofrendo em transportes coletivos, e vários jornais relatavam o tema dizendo que havia uma impunidade para esses agentes, que as penas não eram rígidas o suficiente e que em muitos casos eles eram reincidentes.

Para uma melhor compreensão destaca-se a notícia do G1:

Diego já tinha passado pelo mesmo DP na última terça-feira (29), quando havia sido preso após ejacular em uma passageira. Naquela ocasião, ele foi indiciado pela Polícia Civil por estupro, mas em audiência de custódia, na quarta-feira (30), a Justiça o soltou alegando que “não houve constrangimento” da vítima no ato.

(...)

É o terceiro caso de ataque a mulheres em ônibus nesta semana na capital. Além dos dois citados acima, na terça-feira e neste sábado, que foram atribuídos a Diego, a polícia registrou outro na quarta-feira (30). Naquela ocasião, um outro homem foi detido por suspeita de passar a mão no seio de uma mulher por cima da roupa. Esse caso teria sido registrado como importunação; o agressor também foi solto. (ROSA, TOMAZ, REIS, 2017)

Assim, fica demonstrado que quando são cometidos crimes que chocam a sociedade, são tomadas medidas que buscam um recrudescimento penal, quase que instantaneamente, sem que ocorra qualquer tipo de análise prévia ou estudo, pautando-se em uma opinião pública.

Ainda, deve-se destacar, a inclusão do feminicídio como qualificadora, mesmo sabendo que a violência contra a mulher é algo inadmissível e que o Brasil é um país com uma tradição machista, a inclusão do feminicídio como qualificadora não

passa de uma utilização do direito penal como forma de realizar política pública, e de tentar diminuir preceito que permeia a sociedade brasileira.

Visto que, o cometimento de feminicídio se enquadraria facilmente nas qualificadoras de motivo fútil ou torpe, tais medidas são preocupantes, pois ignoram o direito penal como a *última ratio* e a generalidade da norma penal, visto que a lei penal deve versa sobre condutas mais impessoais possíveis.

Assim, mesmo existindo inúmeros outros exemplos, esses que já forma expostos trazem uma compreensão de como o legislador tem se desviado dos princípios do direito penal, bem como, utiliza de um paternalismo penal, buscando penalizar e enrijecer diversas condutas que em muitos casos não deveriam ser consideradas crimes.

Nesse sentido deve-se destacar os ensinamentos de Zaffaroni:

fenómeno político, no tiene absolutamente ninguma finalidad de carácter racional. La hemos nosotros como necesidad para legitimar el ejercicio de poder político verticalizador y corporativizador de la sociedad(...). Creo que a partir de considerar a la pena como un hecho de poder, como un hecho político, es que podemos reducir el ámbito del poder punitivo, postular la reducción del ámbito de poder punitivo como un objetivo político sumamente claro.(1997,p.38)¹

Assim, mesmo que inicialmente tais medidas aparentam uma característica de racionalidade, elas nada mais são que um poder exercido pelo Estado de cima para baixo, sem qualquer compromisso com a realidade, sendo uma forma rápida de dar uma resposta à sociedade, e que não atacando os reais motivos dos problemas brasileiros.

¹ Tradução feita pelo autor: “Fenómeno político, não há absolutamente nenhum significado final de caráter racional. O nosso exemplo como necessário para legitimar o exercício do poder político verticalizador e corporativo da sociedade (...). Creio que a partir de considerar a pena como um poder, como um poder político, que pode reduzir o limite do poder punitivo, postular a redução do limite do poder punitivo como um objetivo político sumamente claro.”

2 GARANTISMO PENAL UMA ALTERNATIVA MAIS HUMANIZADA

2.1 O GARANTISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesse tópico será realizado um contraponto ao modelo punitivista, que é o modelo do garantismo penal, que vislumbra o réu como um sujeito de direitos, “não podendo ser reduzido à condição de supérfluo, garantindo portanto direitos e princípios que devem ser respeitados pelo Estado” (CARVALHO,2008,p.78), tais como, legalidade, culpabilidade e presunção de inocência.

Esse modelo tem como base uma teoria liberal, caracterizando-se como um direito penal mínimo, de modo que o Estado deverá atuar em desfavor do indivíduo com balizas e parâmetros bem estabelecidos, sempre com proteção as liberdade individuais.

Nesse sentido diz Raphael Boldt:

Ao processo garantista corresponde o direito penal mínimo, modelo teórico elaborado por Ferrajoli que se caracteriza pela minimização do direito penal e pela maximização do grau de tutela das liberdades individuais em relação ao arbítrio punitivo.(BOLDT,2013, p.141)

O sistema que tem como base um direito penal mínimo, impõe limites à atuação estatal, na esfera punitiva, que são garantias para os cidadãos, nesse diapasão, é o modelo que se adéqua melhor ao Estado Democrático de Direito, visto que diminui as arbitrariedades estatais, garantindo que as penas só poderão ser aplicadas mediante um devido processo legal, sendo respeitado o contraditório e o oportunizando a defesa do acusado, sempre em respeito aos direitos assegurados na Constituição.

Sobre o tema discorre Ferrajoli:

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova

empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.(2002. p.83)

Assim, considerando que em um Estado Democrático de Direito a vontade da maioria e a legalidade, regem a atuação estatal, considerando ainda que todos os indivíduos estão no mesmo patamar e devem ser tratados com igual dignidade, o garantismo surge como uma forma de assegurar tal tratamento na esfera penal.

Destarte, deve-se fazer um paralelo com a teoria dos direitos fundamentais como trunfo que protege o indivíduo de uma atuação estatal que busque um sacrifício ou relativização dos direitos individuais.

Vale destacar o ensinamento de Jorge Reis Novais:

A metáfora dos trunfos inscreve-se no ambiente teórico da distinção *dworkiana* entre *principles* e *policies*, pelo que surge aí estilizada segundo os termos dessa distinção: o Estado não poderia em nome da necessidade de prosseguir utilidades de bem-estar ou fins coletivos do domínio econômico, social ou político, impor aos indivíduos medidas políticas orientadas a fins de utilidade social que resultassem em sacrifícios dos direitos individuais fundamentais de exigências de justiça ou moralidade.(2006. p. 28)

O garantismo surge como um modelo que assegura tais direitos, tendo como premissas, o convencionalismo e cognitivismo, que dão suporte aos princípios da legalidade e jurisdicionalidade. Dessa forma em um Estado Democrático de direito quem definirá os poderes e os parâmetros de atuação do Estado serão as leis, de modo que os indivíduos que irão ser processados, já terão um prévio conhecimento das regras do jogo.

O convencionalismo busca afastar um juízo de moralidade por parte do julgador, pois define que a conduta desviante é aquela que esta definida na lei, de modo que não haverá aplicação de pena diversa daquela prevista pelo legislador, tal preceito faz com que o julgador fique adstrito a lei.

Essa condição do convencionalismo é chamada de reserva legal, nesse sentido explica Ferrajoli:

A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena.(2002. p.31)

Nesse aspecto as leis surgem como uma forma de garantir os direitos do acusado, pois delimitam um tipo de procedimento que deverá ser seguido, bem como o próprio modelo de pena que deverá ser aplicado, impedindo assim, arbitrariedades do julgador.

O outro ponto do convencionalismo é o caráter absoluto da reserva da lei penal, nesse aspecto os julgadores deverão aplicar somente leis que demonstram uma clareza na conduta dos indivíduos, com aspectos que definem de maneira objetiva seu campo de atuação no caso concreto.

Tal princípio deverá ser imposto inclusive ao legislador, visto que quando esse for criar algum tipo penal deverá ser o mais claro possível, evitando termos vagos que permitam uma interpretação dúbia por parte do magistrado, dessa forma os tipos penais devem ser objetivos, permitindo uma igual aplicação aos criminosos, tendo como característica um direito penal do fato e não do autor.

Nas palavras de Ferrajoli:

Apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva. De agora em diante denominarei a reserva legal de "princípio de mera legalidade", que, como queira que se formule, é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e usarei a expressão "princípio de estrita legalidade" para designar a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais. (2002. p.31-32)

Insta salientar, que a legalidade não é o único ponto que deve ser respeitado, no que se refere ao garantismo, o próprio modelo processual penal deve se adequar e ser pautado em uma proteção dos direitos do acusado, nesse sentido, o processo penal deverá ser construído como um modelo de cognição.

Assim, o fato criminoso deverá ser provado por um acusador, figura essa que não pode estar atrelada ao indivíduo que exercerá a função julgadora, portanto quem exerce a atividade jurisdicional não poderá julgar fora das provas e dos fatos que foram apresentados durante o processo penal, dessa forma o juiz deverá se abster dos seus conceitos pessoais e julgar os fatos.

Ainda sobre o tema ensina Aury Lopes Jr.:

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrifica no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. (2018, p.63)

O cognitivismo são as razões que fizeram o julgador aplicar determinada lei ao caso concreto, de forma que o próprio juízo tenha realizado um processo de cognição, com amplo debate entre as partes para que ao final seja convencido ou não de determinado fato.

Destaca-se o pensamento de Ferrajoli sobre o tema:

Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdiccionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou rejudicabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. Para que o desvio punível não seja "constituído", mas "regulado" pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, "em branco", cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter "constitutivo" e tenham caráter "recognitivo" das normas e "cognitivo" dos fatos por elas regulados. (2002, p.31-32)

Por fim, o garantismo penal não se resume somente ao legalismo e ao procedimento em si, mas em um Estado Democrático de Direito em que sua principal função é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, sempre com um objetivo de maximizar os direitos resguardados na Constituição.

Nesse ponto, o direito penal deverá se moldar aos parâmetros constitucionais, devendo haver uma interpretação das leis sempre em conformidade com a Constituição, nesse sentido ainda que sejam criadas leis que visem reduzir os direitos dos indivíduos devem ser consideradas inconstitucionais.

Dessa forma, esse discurso de um aumento excessivo do rigor penal com base em um discurso que busca, em regra, leis rígidas e um processo cada vez mais rápido que comina em uma redução dos direitos do réu, que demoniza os direitos humanos, é contrário aos princípios constitucionais.

Nessa linha ensina Salo de Carvalho:

A centralidade da pessoa e o respeito pelos direitos humanos determinam os critérios de justificação externa do poder, delimitando os pressupostos normativos de tolerabilidade do sistema. Se desde o seu interior direito e Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais, externamente são os direitos humanos que propiciam os parâmetros avaliativos do seu nível de justiça, servindo de norte ao próprio conteúdo do pacto social: a Constituição. (2008. p.110)

Portanto, os direitos fundamentais e os direitos humanos, atuam como verdadeiras molduras, delimitando um padrão de atuação dos agentes estatais, sejam eles, julgadores ou legisladores.

2.2 A CORROSÃO SIMBÓLICA DO GARANTISMO

Diante de um discurso de lei e ordem que vem crescendo na sociedade brasileira, acompanhado de uma criminologia midiática, há uma preocupação com uma corrosão simbólica desse modelo, bem como, uma redução dos direitos fundamentais dos réus e investigados.

O aspecto simbólico está intrinsecamente ligado ao discurso e a comunicação, que vem ganhando força nas diferentes áreas da sociedade, que vai desde o aplicador do direito aos demais cidadãos, que não exercer atividades relacionadas como direito ou o judiciário, tal movimento se amplifica principalmente pelo fenômeno das redes sociais.

Comumente podemos verificar que a doutrina dos direitos humanos tem sido tratada não como uma conquista de toda a sociedade e dos indivíduos, antes, tem sido

demonstrada como se fosse algo prejudicial a coletividade, visto que, coloca os direitos fundamentais como instrumentos que permitem a impunidade dos criminosos.

Ainda sobre o tema, Raphael Boldt:

A distorção da realidade pertinente aos direitos fundamentais realizada pela ideologia punitivista que macula o discurso hegemônico engendra a difusão de uma percepção que se distancia do tão almejado equilíbrio entre efetividade da coerção e proteção dos direitos fundamentais, imprescindível no Estado Democrático de Direito. (2013. p.146)

Dessa forma, percebe-se que o discurso punitivista que circula as inúmeras mídias, distorce os reais motivos dos direitos fundamentais, e que legitima uma violência quase irrestrita, por parte do Estado, para determinados fatos e agentes criminosos, criando dois tipos de direitos.

A corrosão simbólica do garantismo, gera reflexos preocupantes, pois cria uma divisão maniqueísta entre bem e mal, de modo que, quando se está do lado correto pode-se tomar qualquer medida contra o outro lado.

Além dos aspectos individuais, esse tipo de erosão tem causa uma regressão no nosso sistema punitivo, que remonta aos tempos de absolutismo e o processo inquisitório, havendo uma aproximação com um direito penal máximo, tendo como consequência um encarceramento em massa e um distanciamento dos valores constitucionais e de um estado democrático de direito.

Nesse cenário, há um aumento das legislações de emergência, que buscam dar uma resposta rápida a sociedade, mas que não se utilizam de qualquer parâmetro técnico, científico ou jurídico, que em regra comina em um retrocesso legislativo e com um aumento da violência ou do encarceramento dos grupos mais vulneráveis.

Nesse diapasão discorre Salo de Carvalho:

O atual processo de ampliação normativa, deflagrado em grande parte pelos discursos de emergência, gera espécie de 'panoptismo legal', ou seja, o alargamento brutal das possibilidades de incidência da lei penal nas condutas sociais. No momento em que desvios sociais passam a ser tipificados, independentemente da lesão ou perigo concreto ao bem jurídico,

e qualquer conduta pode ser arbitrariamente considerada delitiva, é definido um modelo de controle administrativizado com incidência desigual nos diversos estratos sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal.(2008, p. 81-82.)

Assim, com o discurso de aumento da repressão e de uma maior efetividade estatal na luta contra crime, tem como consequência uma redução de direitos, um aumento da violência por parte do Estado um aumento das desigualdades e um maior encarceramento, principalmente das classes mais vulneráveis.

Nesse cenário surgem propostas de solução do problema criminal que não passam meras ideias que decorrentes do senso comum, pautadas na crença que o direito penal é capaz de solucionar todos os problemas criminais e que as instituições são capazes de ressocializar os criminosos prevenir a criminalidade.

Sobre o tema diz Salo de Carvalho:

Assim, o pressuposto da regularidade dos atos dos poderes (executivo, legislativo e judiciário) nada mais é do que decorrência da incorporação do senso comum do vício do paleopositivista da romantização das instituições e dos seus gestores. A ingenuidade da crença Moderna na capacidade de o direito penal tutelar bens jurídicos, de o processo penal revelar a verdade real, de a criminologia reformar as classes perigosas e da política criminal prevenir a delinquência, reforça a concepção essencialista e metafísica que transformou a questão dos direitos humanos em cenário de ficção científica.(2015, p. 226.)

Com isso, tem-se um afastamento cada vez maior de um modelo que proteja os direitos humanos e uma aproximação de uma teoria que busca criminalizar mais condutas e relativizar direitos, legitimando uma maior intervenção não vida dos indivíduos.

2.3 O SOFRIMENTO DAS CLASSES MAIS VULNERÁVEIS

Em países com tamanha desigualdade social, como é o caso do Brasil, em que uma minoria tem um padrão de vida muito elevado, com uma qualidade que se assemelha aos países de primeiro mundo e uma grande maioria vive em uma situação de muita dificuldade e são tolhidos de um mínimo existencial, um discurso

de redução de direitos e relativização da dignidade humana se torna extremamente perigoso.

Visto que, são criadas verdadeiras zonas de guerras, existindo assim uma imensa repressão estatal, um verdadeiro Estado Hobbesiano em determinadas áreas, e em outra uma atuação completamente diferente, atuando de maneira mais branda e com uma maior efetivação de direitos.

Nesse sentido deve-se trazer à baila as lições de Sousa Santos, há uma desigualdade de tratamento tão grande, que o autor utiliza o termo *apartheid* social:

Segregação social dos excluídos mediante a divisão social das cidades em zonas selvagens e zonas civilizadas. As zonas selvagens são as zonas do estado natural hobbesiano. As zonas civilizadas são as zonas do contrato social, encontrando-se sob a ameaça permanente das zonas selvagens. (2007, p. 38.)

Assim, com tamanha diferença de poder entre as classes, o direito penal é utilizado praticamente como uma forma de punir os mais pobres, criando na visão de Wacquant um Estado centauro, em que há uma truculência e rigidez com as classes pobres e encontra partida uma diminuição dos investimentos nas áreas sociais e um aumento no aspecto da segurança e do controle dos indivíduos “desviantes”.

Em consonância com o tema, expõe Wacquant:

Em suma, as cidades diante da insegurança chegam no momento oportuno para ratificar a deserção do Estado social (e econômico) e legitimar o fortalecimento do Estado penal nos bairros, outrora operários, sacrificados no altar da modernização do capitalismo francês. Como a maior parte das obras sobre a sensação de "insegurança", as "incivilidades" e a "violência urbana" em voga ultimamente, esse livro é parte integrante do próprio fenômeno que pretende explicar: longe de analisá-lo, contribui para a construção política de uma penalização reforçada e ostensiva, encarregada de conter as desordens causadas pela generalização do desemprego, do subemprego e do trabalho precário. (2001. p. 73)

Com uma diminuição do Estado assistencial há aumento da miséria e da violência, principalmente nas áreas excluídas do processo civilizatório, uma vez, são lugares de extrema pobreza em que não há uma efetivação de direitos básicos, quais sejam saúde, educação, lazer entre tantos outros, dessa forma esses indivíduos que estão longe das promessas da modernidade adotam comportamentos desviantes.

Nesse contexto, um direito penal com cada vez menos restrições, quando se refere poder punitivo do estatal, se torna uma arma muito eficaz em prender indivíduos que estão fora da zona civilizada. Ainda mais em um contexto de aumento do punitivismo e retrocesso do garantismo.

É importante ressaltar, que em um ambiente com um aumento da violência e da criminalidade, o discurso punitivista ganha mais força, principalmente pelos meios de comunicação, que tratam determinados crimes e atuações policiais como se fosse verdadeiros filmes de ação, criando um clima de insegurança, que em casos extremos, trata determinados fatos como fossem uma guerra.

Nesse cenário de “guerra declarada”, surge a figura do inimigo, logo o direito que se aplica a esse tipo de indivíduo deverá ser diferente daquele aplicado aos demais cidadãos, portanto tais inimigos – que em geral são jovens pobres e da periferia- tem seus direitos relativizados, se tornando pessoas de segunda classe.

Sobre o tema afirma Zaffaroni:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadão e inimigo, faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito. (2011, p. 18)

Tal pensamento acaba criando verdadeiros Estados de Exceção, em determinadas áreas, sendo permitido uma atuação policial quase irrestrita, tratando as pessoas que moram em tais locais como verdadeiros inimigos, logo não merecedoras de direitos, tendo um amplo apoio dos demais membros da sociedade.

Não obstante, cria-se uma estigmatização dessas pessoas que moram nas periferias, havendo como isso uma verdadeira seletividade na atuação do Estado, pois crimes semelhantes, quanto cometido por pessoas de classes sócias distintas são tratadas de maneira diversa.

Nesse sentido ensina Baratta:

Lemert desenvolve particularmente esta distinção, de modo a mostrar como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, frequentemente, a função de um “commitment to deviance”, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu. (2002, p. 89)

O fato acaba ficando em segundo plano, ganhando relevância o “perfil” do agente que cometeu o crime ou em caso, ainda que não tenha cometido delito algum, ele provavelmente sofre algum tipo de ação policial. Por isso, a maioria dos indivíduos que aparecem nos jornais como criminoso, são homens, negros, pobres e moradores de comunidades carentes, bem como as grandes operações policiais são realizadas nessas áreas, pois são taxadas como áreas mais perigosas.

Dessa forma, são colocadas etiquetas em determinadas pessoas, que orientarão como o sistema penal agira com elas. Ainda sobre o assunto ensina Baratta:

Sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamento e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controles social. (2002, p. 89)

A opinião pública em sua maioria acaba por apoiar tais medidas excludentes, já que deixa se influenciar pelos diversos meios de comunicação, sem uma reflexão, e reverbera um discurso que busca mais repressão, principalmente nessas zonas de “risco”, aceita inclusive, uma flexibilização e relativização de direitos desses indivíduos.

Nesse cenário cria-se um verdadeiro discurso de ódio, em que pessoas de “bem” defende atitudes horríveis, não reconhecendo no outro a figura de um igual, mas de um inimigo perigoso ou daninho.

Não podemos deixar de destacar as palavras de Hannah Arendt que realiza um relato ímpar de como pessoas comuns aceitam discurso extremos:

Na carta ao marechal-de-campo von Kluge citada acima, Goerdeler apelou para a “voz da consciência” de Kluge. Mas tudo o que queria dizer era que até mesmo um general deveria entender que “continuar a guerra sem possibilidade de vitória era um crime óbvio [...]”. Das provas acumuladas só

podemos concluir que a consciência enquanto tal parecia ter se perdido na Alemanha, e isso a tal ponto que as pessoas dificilmente se lembrava dela e tinha parado de perceber que o surpreendente 'conjunto de valores alemães' não tinha seguidores no mundo exterior. (2016, p. 119-120.)

Dessa forma, esse discurso de ódio se entranha na sociedade e influencia suas bases, principalmente na atuação do judiciário e da criação de leis pelo legislativo, que em tempos de campanha é usado indiscriminadamente.

Logo, a própria criação do que é crime na sociedade passa por uma questão moral, estando ligado a comportamentos que em geral causam algum tipo de impacto na sociedade, nesse sentido, para se configura crime não basta ter um enquadramento legal, mas deve ferir a moral da sociedade como um todo, passando por um juízo de valor da própria população.

Sobre o tema Baratta ensina:

Portanto, a análise do processo de etiquetamento dentro do senso comum mostra que, para que um comportamento desviante seja imputado a um autor, e este seja considerado como violador da norma, para que lhe seja atribuída uma "responsabilidade moral" pelo ato que infringiu a *routine*, [...], é necessário que desencadeia uma reação social correspondente: o simples desvio objetivo em relação a um modelo, ou uma norma, não é suficiente. (2002, p. 95)

Destarte, quando se tem uma atuação estatal com base em preconceitos, não vendo no outro a figura de igual, antes o tendo como um inimigo, é como se houvesse uma verdadeira etiqueta colada em sua testa, cria-se um ambiente com uma violenta repressão por parte daqueles que estão no centro de poder, e quem mais sofre são as classes excluídas.

3 A NOVA CLIENTELA DO SISTEMA PENAL

3.1 ANÁLISE DOUTRINA DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Na história recente, tem se buscado combater uma nova figura criminosa, diferente daqueles que se tinha a algum tempo atrás, em que o principal vilão era negro, pobre e traficante da periferia, entretanto, na nossa conjuntura atual o que se tem como indivíduos perigosos são aqueles criminosos de colarinho branco principalmente os que estão envolvidos com a “corrupção”, nesse contexto o Estado tem apontado suas baterias punitivas para esses “novos” criminosos.

Os crimes de colarinho branco são aqueles crimes praticados por indivíduos de elevado poder financeiro ou que possuem grande prestígio ou influência na sociedade, tais como políticos e empresários e que em geral possuem alguma relação com seu emprego ou função

Nesse sentido conceitua Sutherland:

Estas violaciones de la ley por parte de personas de la clase socioeconómica alta, son por conveniencia llamadas delitos de "cuello blanco". Este concepto no intenta ser definitivo, sino sólo llamar la atención sobre los delitos que no se incluyen ordinariamente dentro del campo de la criminología. El delito de "cuello blanco" puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso de su ocupación⁷. Consecuentemente, excluye muchos delitos de la clase social alta, como la mayoría de sus asesinatos, adulterio, intoxicación, etc., ya que éstos no son generalmente parte de sus procedimientos ocupacionales. También excluye abusos de confianza de miembros ricos del bajo mundo, ya que no son personas de respetabilidad y alto status social.² (1999, p. 65)

Percebe-se um foco midiático, político e da própria sociedade no que versa sobre o combate a corrupção, tais esferas, de um modo geral, pleiteiam por leis mais rígidas

2 Estas violações da lei por parte de pessoas da classe socioeconômica alta, filio por conveniência delito delitos de "cuello blanco". Este conceito não é definido como definitivo, apenas chamar a atenção sobre os delitos que não estão incluídos normalmente no campo da criminologia. O delito de "cuello blanco" pode definir, aproximadamente, como um delito cometido por uma pessoa de responsabilidade e status social alto no curso de ocupação⁷. Consecuentemente, exclua muitos delitos da classe social alta, como a prefeitura de seus assistentes, adulterio, intoxicação, etc., você não é o filho geralmente parte de seus procedimentos ocupacionais. Também exclui abusos de confiança de membros ricos do mundo, você não tem filhos com personalidade e status social alto.

e uma punição mais rápida e eficiente para esses infratores, se pautando em um modelo penal mais punitivista.

Em regra, por tais crimes trazerem um maior prejuízo a sociedade, visto que diferentemente dos crimes patrimoniais comuns que tem como agente passivo um número restrito de pessoas, esses delitos de colarinho branco trazem um dano maior a comunidade, tratam de grande quantidade de dinheiro e verbas, que afetarão de forma negativa, áreas como saúde, educação e demais funções estatais, portanto devem ser tratados de forma diferenciada.

Nas palavras de Lênio Streck:

Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição *liberal-individual*, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõe majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. (2003, p.20)

Portanto, o autor defende que por serem criminoso de uma classe social mais elevada, eles não podem ser tratados como os delinquentes comuns e que os bens jurídicos que são protegidos nesse crime, quais sejam, bens transindividuais, a utilização de um direito penal mínimo e muito garantista, causaria impunidade.

Para esses autores, a relativização de alguns direitos se torna necessária e de maneira alguma violaria as regras e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito, visto que em decorrência das peculiaridades desses delitos se faz necessário uma adaptação estatal.

Nesse viés, o direito penal deverá ser utilizado com uma roupagem constitucional, se afastando daquele pensamento clássico liberal, tendo como objetivo alcançar diretrizes prevista na constituição, quais seja, diminuição da pobreza, a busca de um meio ambiente saudável, combate às desigualdades, fornecer saúde, educação, transporte de qualidade, dentro outros.

Dessa forma, aqueles crimes que impedem ou obstaculizam tais objetivos devem ser tratados com maior rigor, pois frustram as promessas Constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

Sobre o assunto versa Lênio Streck:

Os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção merecem do legislador um tratamento mais severo. (2003, p. 45)

Entretanto, tal tipo de pensamento causa uma relativização de direito, visto que quando se busca prender indiscriminadamente, não se importando com os direitos fundamentais nem com a dignidade desses indivíduos, acaba se criando um direito penal do inimigo.

Assim, a exemplo do que foi exposto acima, no que se refere ao estado de exceção nas zonas tidas como não civilizadas, nos crimes de colarinho branco isso ocorre de modo semelhante, pois se cria a figura do criminoso, qual seja, o político e o empresário, e busca sua punição a qualquer custo, ainda que para isso, seja necessário romper com as garantias de liberdade e princípios fundamentais.

Nesse sentido ensina a professora Maria Lúcia Karam:

Este histórico e irracional combate à corrupção, reintroduzindo o pior do autoritarismo que mancha a história de generosas lutas e importantes conquistas da esquerda, se faz revitalizador da hipócrita prática de trabalhar com dois pesos e duas medidas (o furor persecutório contra adversários políticos, eventuais comportamentos não muito honestos de companheiros ou aliados sempre sendo compreendidos e justificados) e do aético princípio de fins que justificam meios, a incentivar o rompimento com históricas conquistas da civilização, com imprescindíveis garantias das liberdades, com princípios fundamentais do Estado de Direito.(2019)

Nesse contexto, de um discurso inflamado de combate à corrupção e ao crime organizado, surgem inúmeras campanhas para o recrudescimento da legislação que contempla esse tipo de crime, acarretando cruzadas contra a corrupção e colocando inúmeros indivíduos como heróis, sempre em uma lógica de bem versus mal, e como isso afastando toda criticidade em relação aos atos punitivos estatais.

Nesses casos, se utiliza um pensamento de que a criminalidade comum, que é composta por indivíduos de classes economicamente mais vulneráveis, são presas e

condenadas rapidamente, e que tal fenômeno não ocorrer com criminosos que possuem poder financeiro elevado, antes, esses sempre saem ilesos.

Dessa forma se busca uma maior repressão e a prisão desses tipos, como ocorre com os criminosos comuns, entretanto esse tipo de pensamento legitima as barbáries cometidas a criminalidade comum e deseja que sejam expandidas aos crimes de colarinho branco.

Assim, a flexibilização de direitos e garantias se torna algo desejado pela população e em tempos de campanha política se tornam verdadeiras bandeiras e objetivos de candidatos, sejam eles do executivo ou legislativo, havendo com isso uma fuga das dos verdadeiros problemas que afligem a sociedade e que por consequência refletem em aumento da criminalidade.

Nesse ponto se posiciona Maria Lúcia Karam:

A imposição da pena, vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes enfurna dada sociedade. Para isso, não é necessário nem funcional acabar com a criminalidade de qualquer natureza e, muito menos, fazer recair a punição sobre todos os autores de crimes, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, assim possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder. (2019)

Portanto, é em meio a esse contexto, de um grande clamor social por diminuição da criminalidade, o surgimento da figura de um novo vilão, qual seja, os criminosos de colarinho branco, bem como de uma forte influência dos meios de comunicação de massa e das redes sócias, surgem o projeto anticrime, que tem como principal objetivo a diminuição de tais condutas criminosas.

3.2 BREVE ANÁLISE DO PROJETO ANTICRIME

Nesse tópico, será analisado o projeto anticrime, bem como sua repercussão no âmbito jurídico, destacando os pontos polêmicos fundamentais para esse projeto e que podem gerar algum tipo de fragilização de direito e garantias.

Primeiramente devemos destacar, a linguagem utilizada pelo autor do projeto, visto que, em muitos casos existem termos muito abrangentes e que não são especificados corretamente, e como se sabe, o direito penal deve ser o mais claro possível, devendo os tipos penais, serem bem detalhados de modo a impedir interpretações diversas, quando aplicados ao caso concreto

Assim, quanto aos termos utilizados no projeto alguns são muito vagos, possibilitando uma interpretação in malam partem por parte do aplicador do direito, tais como, criminosos habituais, conduta reiterada ou profissional, esses termos são amplamente abstratos e permitem diversas interpretações.

Em direito penal, termos que são muito abertos a interpretações permitem uma discricionariedade muito grande do juiz, causando assim um esvaziamento do princípio da legalidade, visto que quando se expande em demasiado um tipo penal, permite-se punir uma infinidade de condutas que não deveriam ser tuteladas pelo direito penal.

Em uma análise mais minuciosa dos artigos do projeto podemos perceber algumas incongruências com o nosso modelo penal e o sistema garantista, já que em determinados trechos ocorre a relativização de alguns princípios penais e constitucionais.

3.2.1 Questões relevantes ao princípio da presunção de inocência

Outro apontamento necessário a questão do cumprimento de pena após a condenação no réu em segunda instância, ainda que o STF já tenha decidido alguns casos que versam sobre o tema, no sentido da prisão ser válida, há de se destacar que a Constituição Federal em seu artigo 5º prevê o cumprimento de pena, somente após o trânsito em julgado, nesse sentido, o projeto já se inicia com pontos que parecem ir de encontro aos ditames estabelecidos pelo constituinte originário.

Em consonância com o que foi dito destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello:

Qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo que se trate de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (2019)

Percebe-se, que tal medida fere o princípio da presunção de inocência, pois o réu inicia um cumprimento de pena em uma situação que poderá ser revertida futuramente, de modo que antes do seu caso ser analisado por todas as instâncias prevista no ordenamento brasileiro, ele será tido como culpado, dessa forma inicia-se o cumprimento de pena sem a certeza da culpabilidade do indivíduo.

Outro ponto que deve-se destacar, é a execução da pena após a condenação em primeira instância, ainda que pareça absurdo, Art. 492, I, §4º³, prevê que as apelações feitas no tribunal do júri não terão efeito suspensivo, dessa forma um instituto extremamente questionado, que é o júri, composto por pessoas que não tem nenhuma base jurídica poderá fazer com que o réu inicie o cumprimento de pena.

Tal artigo além de violar os princípios da presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição é um completo absurdo, visto que um indivíduo terá sua liberdade tolida, com base no mero do convencimento dos jurados.

Nesse sentido destaca-se as palavras de Streck:

O Pacote Moro endossa a tese da prisão automática e obrigatória, que (i) me parece muito claramente inconstitucional, e (ii) não traduz “o entendimento atual”, mas, sim, a leitura de dois ministros. O ministro pode sustentar o que bem entender, mas isso deve ser dito, e deve ser dito às claras. (2019)

A presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, o réu deve ser tratado como inocente, até que seja provado sua culpabilidade, de modo que o indivíduo quando inicia o cumprimento de pena ele é tratado como se fosse culpado.

3 § 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

3.2.2 Redução da aplicabilidade dos embargos infringentes

Outro ponto que merece ser analisado com atenção é o Art. 609, §1º que prevê a possibilidade de embargos infringentes quando houver voto vencido pela absolvição, nesse sentido, os embargos só serão admitidos se um dos julgadores votarem pela absolvição, excluindo assim, outras possibilidades de divergência, como em razão de tempo de pena.

Ainda que o sistema processual brasileiro precise de reformas, já que desde sua criação até os dias atuais a sociedade mudou e passou por transformações, não se pode retirar do réu um instrumento tão importante, que permite a rediscussão de outros temas, que não somente condenação e absolvição, visto que em muitos casos os embargos infringentes são usados para rediscutir vários assuntos.

Nesse sentido ensina Aury Lopes Jr:

Ainda que não concordemos com a tese de que o recurso seja um só, ou de que a distinção seja “meramente” de nomenclatura, importa é que o recurso seja conhecido e julgado. Portanto, até pela clara incidência do princípio da fungibilidade, o recurso deve ser conhecido e apreciado, desde que preenchidos os demais requisitos, é óbvio, independente do nome que se lhe dê. (2018, p. 1054)

Sendo assim, retirar um meio de rediscussão de temas que foram decididos de maneira controvertida em um tribunal, sem uma alternativa para ser usada em seu lugar poderá causar um grande prejuízo ao réu.

3.2.3 Relativização do princípio da individualização da pena

Por fim, outra incongruência do referido projeto são os aspectos referentes a mudanças de regime no cumprimento de pena, dado que o regime fechado passa a valer nos crimes de corrupção e peculato, bem como restringe a progressão de regime para casos de latrocínio, e ainda estabelece a impossibilidade de saídas temporárias de condenados por crimes de tortura, hediondos e terrorismo.

Sobre o tema, verifica-se uma flagrante violação ao princípio da individualização da pena, sendo completamente inconstitucional, pois não se considera as

peculiaridades do crime e do criminoso para fixação de regime e para seu cumprimento de pena.

Tal medida legislativa se aproxima muito daquela tomada na lei de crimes hediondos, que foi declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal Federal, sobre o tema destaca-se o voto do ministro Sepúlveda Pertence:

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto a sua efetiva execução. (2019)

Dessa forma, tratar de igual maneira indivíduos que cometeram crimes, desprezando as peculiaridades e repercussão do caso concreto, não realizando uma análise aprofundada fere critérios de individualização da pena.

Assim podemos concluir que em muitos aspectos o projeto anticrime se utiliza de um direito penal que busca relativizar os direitos e garantias fundamentais, em prol de uma maior punição por parte do Estado, não estabelecendo de maneira clara limites para sua atuação, criando um direito penal diverso daquele aplicado a outros crimes.

Esse tipo escolha penal permitiu atrocidades por parte do Estado, como foi constatado ao longo da história brasileira, principalmente para aqueles crimes de varejo, por obvio que tal projeto não tem como público-alvo tais criminosos, entretanto sinaliza um aumento da rigidez penal e uma aproximação com um direito penal do inimigo que é característico dos governos totalitários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o projeto anticrime vai na contramão do modelo garantista, se aproximando muito de um direito penal do inimigo, legitimando assim, uma atuação estatal, no âmbito punitivo quase que arbitrária, desrespeitando inúmeros direitos e garantias constitucionais.

Nesse diapasão, pode-se perceber que tal medida surgiu como uma resposta aos anseios populares, não se pautando em uma análise de melhor aplicabilidade do direito bem como desrespeita vários aspectos da dogmática penal, esquivando-se de uma discussão aprofundada sobre o tema.

Insta salientar, que tal linha de pensamento, qual seja, um direito penal mais atuante na vida dos indivíduos, tendo a imagem do criminoso como de um inimigo, é algo amplamente adotado na legislação brasileira e que efetivamente nunca solucionou o problema da criminalidade, antes legitimou a barbárie estatal e a repressão das classes mais vulneráveis.

Dessa forma destaca-se as palavras de Martins e Jobim do Amaral:

Os subterfúgios do terrorismo, do crime organizado, do tráfico de drogas ou inúmeras outras construções narrativas de controle emergencial permitem que regras de exceção materializem suas tendências de se tornarem permanentes através do exercício da exclusão definitiva de determinados grupos de sujeitos. (2017, p.165)

Nesse sentido o projeto viola direitos como, presunção de inocência, possui termos e conceitos, muito abertos, que permitem uma ampla interpretação do magistrado o que pode cominar em decisões arbitrárias.

Outro ponto que deve ser destacado é a possibilidade de cumprimento de pena após condenação em primeira instância, buscando assim um direito penal que prenda cada vez mais rápido em desfavor de preceitos Constitucionais e garantias penais.

Por fim, outros aspectos polêmicos são a mudança de regime no cumprimento de pena, assim como restringe a progressão de regime para casos de latrocínio, e ainda estabelece a impossibilidade de saídas temporárias de condenados por crimes

de tortura, hediondos e terrorismo, sendo demonstrado um claro retrocesso no que tange aos direitos dos condenados.

Em conformidade com o que foi apresentado, não se pode imaginar que esse projeto, que nas suas bases já se percebe uma relativização de garantias, realizará um combate aos crimes de colarinho branco com respeito aos ditames constitucionais, nesse ínterim, é necessário combater esses crimes, entretanto deve-se respeitar os direitos assegurados na Constituição e o modelo garantista que impõe limites ao poder punitivo Estatal.

Por fim, o sistema garantista assegura o cumprimento da legalidade, jurisdicionalidade, dignidade humana e demais direitos fundamentais, sendo um escudo contra modelos totalitários, e protegendo o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Retórica Realista e Decisão Jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais: Filosofia e Teoria Geral do Direito**. Vitória, v.18, n.1 (2017), p. 14-41, jan./abr. 2017.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. 20 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática: Do Discurso Punitivo à corrosão simbólica do Garantismo**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BOLDT, Raphael. **Processo Penal e Catástrofe: Entre as ilusões da Razão e as Imagens Utópicas Abolicionistas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3ªed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especias**:Tomo I. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

JAKOBS, Günter e MANUEL, Cancio Meliá. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda Punitiva**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25981564/karam-maria-lucia-a-esquerda-punitiva-texto>> Acesso em 11 de maio de 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCONI, Marina; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2010.

MARTINS, Antônio. **Conselheiro de Wilson Witzel explica como se formarão turmas de atiradores: Única pessoa que deve ter medo é o criminoso, e não a sociedade'**, diz instrutor de tiro da Polícia Civil e colega de faculdade do governador eleito. Ele diz que 'abate' é a única forma de retirar fuzis das mãos de criminosos armados em comunidades do RJ. **G1**. Rio de Janeiro, 02 de Nov. de 2018. Disponível em: < <http://g1.globo.com>> Acessado em 20 de Maio de 2019.

MARTINS, Fernanda, AMARAL, do Augusto Jobim. Exceção, Governamentalidade e Políticas de Segurança. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v.18, n.2 (2017), p. 153-178, mai./ago. 2017.

MELLO, de Celso. **HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>> Acesso em 11 de maio de 2019.

PASTANA, Débora Regina. **Os contornos do Estado Punitivo no Brasil**. Perspectiva: Revista de Ciências Sociais. São Paulo, v.31, p.31-32, jan/jun. 2007.

Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/518/476> >.
Acesso em: 13 de abril 2019.

ROSA, André, TOMAZ Kleber, REIS Vivian. Homem solto após ejaculação em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar passageira: Diego Novais esfregou pênis manhã deste sábado perto da Av. Paulista Centro de SP, e foi indiciado por estupro. **G1**. São Paulo, 02 de Set. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>
Acessado em 20 de Maio de 2019.

SANCHES, Silva. **Eficiência e direito penal**: Coleção estudo de direito penal. 1 ed. São Paulo: Manole, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório ?**
Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SEPÚLVEDA, Pertence. **A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicao_progressao_regime_inconstitucional_sim > Acesso em 11 de maio de 2019.

STRECK, Luiz Lênio. **Crime e constituição**. A legitimidade da função investigatória do ministério Público. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Luiz Lênio. **O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros > Acesso em 11 de maio de 2019.

SUTHERLAND Edwin H. **El delito de cuello blanco** 1 ed. Madri: La Piqueta, 1999.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONE, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sentido y Justificación de la Pena. In: Jornadas Sobre Sistema y Derecho Humanos. FREIXAS, Eugenio & PIERINI, Alicia (dir.) Buenos Aires: Del Puerto, 1997.