



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA-FADI

Ana Carolina Neto Rodrigues

**O EXPANSIONISMO PENAL E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DO DIREITO
PENAL MÍNIMALISTA**

Barbacena/MG

2017

Ana Carolina Neto Rodrigues

**O EXPANSIONISMO PENAL E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DO DIREITO
PENAL MÍNIMALISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais de Barbacena, como
pré-requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob a orientação do
Prof. Colimar Dias Braga Junior.

Barbacena/MG

2017

Ana Carolina Neto Rodrigues

**O EXPANSIONISMO PENAL E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DO DIREITO
PENAL MÍNIMALISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais de Barbacena, como
pré-requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob a orientação do
Prof. Colimar Dias Braga Junior.

Prof. Orientador Colimar Dias Braga Júnior

Prof. Componente da Banca

Prof. Componente da Banca

Barbacena/MG

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado a capacidade intelectual para que eu conseguisse desenvolver todas as questões trabalhadas no contexto desse trabalho e outras que não foram aqui expostas.

Agradeço também aos meus pais, por sempre terem me incentivado a buscar a evolução intelectual através da educação. Agradeço aos meus mestres que, no transcorrer destes anos de faculdade, sempre me auxiliaram na busca pelo conhecimento, cada um de sua forma.

Aos meus amigos do Ministério Público desta comarca de Barbacena, por terem me proporcionado diversos debates acerca de temas polêmicos do Direito e ainda por terem me inspirado a conhecer o tema desse trabalho.

Ao meu irmão Ramon, por ter me auxiliado a fazer o meu melhor no agora ao desenvolver esse feito.

“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade - pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa”.
Jésus-maría Silva Sánchez.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade desta autora, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, seus professores e especialmente o professor orientador Colimar Dias Braga Júnior isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, ____ de dezembro de 2017.

Ana Carolina Neto Rodrigues

RESUMO

O presente trabalho tem por desiderato estudar a tendência expansionista que vêm ocorrendo no nosso país nas últimas décadas. O expansionismo penal tem um caráter mais repressivo, voltado para uma maior punição dos crimes, como solução para os problemas da criminalidade acentuada que vem causando na nossa sociedade serias inseguranças e sensação de impunidade. É certo que tal tendência visa, além da maior severidade da repressão, a supressão de algumas garantias penais, que são vistas como um excesso. Este estudo é justificado pela necessidade de se averiguar se tal expansionismo tem compatibilidade com o modelo de direito penal mínimo e do garantismo penal. Para tanto, pretende-se analisar o fenômeno expansionista e como ele tem se manifestado, com exemplos dentro da legislação nacional. E ainda, analisarei como a opinião popular tem sido constantemente manipulada para, cada vez mais, pugarmos por mais repressão, mais violência, tratando um assunto complexo com superficialidade. O chamado populismo penal midiático é bastante usado em nosso país onde a mídia usa constantemente do sensacionalismo, usando, estrategicamente, da emotividade humana, para conseguir dissipar insegurança, que vem acompanhada da solução: é necessária mais repressão. Essa é a tendência advinda da pós-modernidade e globalização, que cada vez mais torna a nossa sociedade em “sociedade do risco”. Todavia, não podemos propôr soluções fáceis para problemas extremamente complexos, que envolvem garantias e direitos fundamentais que estão previstos na constituição federal. Do apresentado, depreende-se que o expansionismo penal não coaduna com os ditames do direito penal clássico, visto que, para existir, constantemente flexibiliza garantias fundamentais, as quais garantem a liberdade do homem.

Palavras-chave: Expansionismo Penal. Direito Penal Mínimo. Garantismo Penal. Populismo Penal Midiático.

ABSTRACT

The present work has for finality to study the expansionist tendency that have been happening in our country in the last decades. Criminal expansionism has a more repressive character, which aims at a greater punishment of crimes as a solution to problems of marked criminality, that has been causing in our society serious insecurities and a sense of impunity. As a matter of fact, this trend is intended to, besides the greater severity of repression, to suppress some criminal guarantees, which are considered excessive. This study is justified by the need to investigate if expansionism is compatible with the model of minimum criminal law and criminal guaranty. Therefore, we intend to analyze the expansionist phenomenon and how it has manifested itself, with examples within the national legislation. Likewise, will be analyzed how popular opinion has been constantly manipulated to increasingly fight for more repression, more violence, dealing with a complex subject with superficiality. The so-called media criminal populism is widely used in our country, where media constantly uses sensationalism and human emotion to dissipate insecurity, which, strategycally, is accompanied by the solution: more repression is needed. This is the trend that comes from postmodernity and globalization, which turns our society into a "risk society". However, we can't propose easy solutions to extremely complexes problems, which involve guarantees and fundamental rights that are ensured by the federal constitution. In front of everything that has been exposed, it can be understood that criminal expansionism doesn't accord with the classic criminal law, because to exist, it constantly flexibilizes fundamental guarantees that guarantee the freedom of the people.

Keywords: Criminal Expansionism. Minimum Criminal Law. Penal Warfare. Populism
Penal Media.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DESENVOLVIMENTO.....	12
2.1 O Estado e o Homem.....	12
2.2 Novas mudanças, nova sociedade	14
2.3 O clamor social	15
2.3.1 A construção do clamor social pelos meios de comunicação.....	17
2.4 O expansionismo penal.....	19
2.5 Análise e críticas do direito penal e processual penal e suas atuais expansões.....	25
3 CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS	34

1 INTRODUÇÃO

Estamos vivendo uma época de constantes mudanças, em um curto espaço de tempo. Essas mudanças são altamente perceptíveis para nós, seres inseridos em uma sociedade de direitos e deveres. Estamos a cada dia mais conectados com as informações, seja por meio da televisão, internet, computadores, ou celulares. As mudanças sociais alcançam em diversas proporções todas as áreas, inclusive a do Direito. Pode ser que o indivíduo social não sinta as mudanças que vêm ocorrendo na área de tributário, civil, ou direito internacional, mas com certeza, sente com maior intensidade as mudanças constantes na área do direito penal, pois o direito penal todos os dias tem invadido nossas casas.

As modificações sociais acima citadas, inseridas pela globalização, implicam em profundas alterações no Direito Penal, tão profundas que podem ser sentidas até pelos cidadãos leigos. Há alguns anos atrás apenas indivíduos dotados de conhecimento jurídico discutiam temas como o Direito Penal, mas hoje em quase toda conversa informal é possível escutar temas como política, leis, diversas reivindicações e pontos de vistas. O Direito Penal se tornou popular, “caiu na boca do povo”, da mídia e de todos os outros meios de comunicação.

Esse tem sido o atual cenário brasileiro. Em todo lugar é possível encontrar árduas discursões sobre leis, debates sobre a Constituição Federal e seus efeitos, bem como outros temas que até os estudantes de direitos encontram dificuldade, mas, nas ruas, estes debates ocorrem de forma simples, pois percebe-se que na nossa atual sociedade, engenheiros se tornando juristas, biólogos se tornam doutrinadores constitucionais. Essas mudanças inevitáveis vieram para auxiliar o cidadão a (re)conhecer os seus direitos e deveres, os quais a pouco tempo atrás tomavam a forma de algo muito complicado para ser compreendido.

Todavia, para entender o hoje, precisamos analisar o passado e para isso devemos observar quando o “Estado” surgiu e quais foram os limites a ele impostos, visando garantir, além de tudo, a liberdade do homem. No campo do Direito Penal, o limite estatal é imposto através dos princípios penais e processuais penais. Quanto do surgimento Estatal, firmamos um contrato verbal com o mesmo, sendo que a partir desse momento abandonamos o estado de natureza, passando a viver em sociedade, com regras, direitos e deveres, de ambas as partes. Nos dias de hoje, o contrato ainda permanece válido, todavia, a sensação que permanece na maioria dos homens é que o

Estado descumpra sistematicamente as regras do contrato, no que tange a diversos direitos.

No caso do Direito Penal, as taxas de criminalidade crescem sem parar, acompanhadas do número de leis que vêm sendo criadas e os números de presos, fazendo pairar uma grande onda de insegurança, que é alimentada pela mídia corrompida e pelos políticos populistas. Assim, surge como resposta ao problema complexo da criminalidade o Expansionismo Penal, que tem se manifestado em diversas formas, as quais serão analisadas pormenorizadas neste trabalho. A grande questão que paira no ar é se as formas expansionistas violam aqueles limites estatais anteriormente citados e se consequentemente as garantias dos homens ficam flexibilizadas ou à beira da extinção, sendo esse o principal objetivo desse trabalho.

Para tanto, iniciarei trazendo algumas considerações acerca do contrato social, do estado minimamente intervencionista garantista, das tendências laxistas e rigoristas e ainda sobre o atual tema do populismo penal e populismo penal midiático, principais construtores da opinião popular. Em continuação, são abarcadas as formas de expansionismos penais no direito penal e processual penal. Por fim, analisamos se o expansionismo penal coaduna com o estado minimamente garantista, bem como ainda vou mais além trazendo outras informações que podem ser uteis para o leitor formar a sua própria opinião sobre o tema.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O Estado e o Homem

Antes de analisarmos um pouco mais sobre a atual conjuntura do Direito Penal, apenas a título de introdução, é importante lembrar sobre o “contrato social” que “fizemos” com O Estado, pois para explicar como chegamos no ponto em que nos encontramos, é necessário retroagir um pouco.

Os contratualistas acreditam na ideia de um Estado formado através de um contrato social, aonde o homem deixa de estar em “estado de natureza” e faz um pacto com o ente estatal, cedendo ao mesmo parte de seus direitos, do seu poder, sendo que o Estado passa a ter a finalidade voltada para a garantia de direitos e liberdade dos cidadãos (FERREIRA, 2014).

Os três contratualistas fundamentais são Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau (ROCHA, 2011).

Nesse sentido, nós cedemos parte do nosso poder para o Estado, sendo que a intervenção do mesmo foi pensada pelo liberalismo iluminista, que estabelece “uma filosofia punitiva marcadamente liberal em que se postula uma mínima intervenção do Estado na sociedade civil e, conseqüentemente, na esfera individual dos cidadãos” (TORRÃO, 2008, p. 44-45 *apud* FERREIRA, 2014).

Foi na época do Iluminismo em que por exemplo Beccaria e Hommel, utilizaram os termos como “bem jurídico”, pois entre esses bens passaram a se limitar aqueles mais importantes de caráter individual e coletivo. Sendo que assim excluiu os pequenos desconfortos, nascendo o princípio de proteção dos bens jurídicos. Extraímos daí que o direito penal tem o condão de ser a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos (SCHUNEMANN, 2005).

Em consonância com o modelo penal clássico, mínimo e liberal, surgiu a ideologia legitimadora do poder punitivo baseada no garantismo, sendo um dos grandes expoentes o jurista italiano Luigi Ferrajoli, além de Hassemer e Muñoz Conde, Zaffaroni, Cervini e, principalmente, Alessandro Baratta, sendo todos propulsores desse movimento (GOMES, 2013).

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 684), o conceito de “garantismo:

Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela

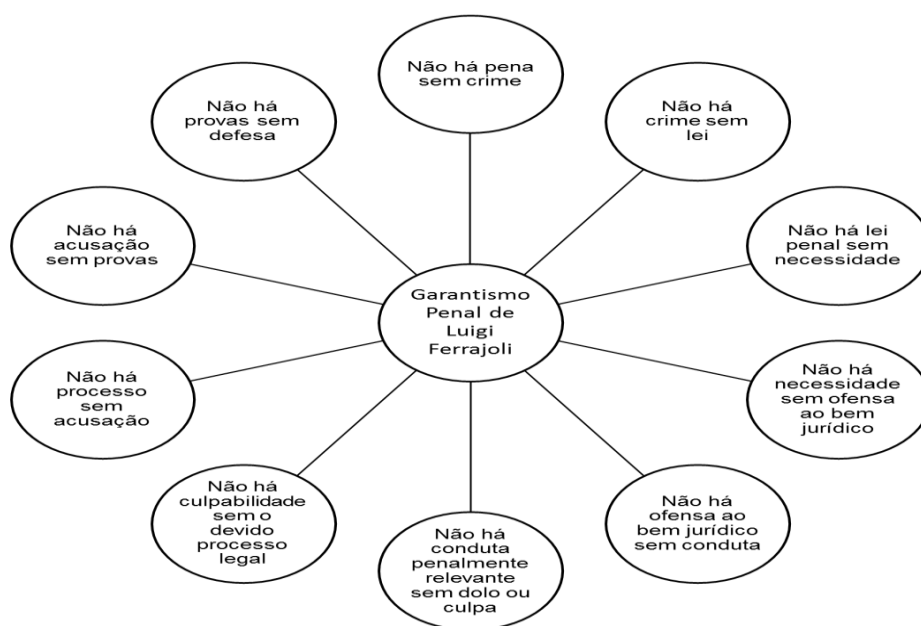
idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

O garantismo de Ferrajoli está fundado em dez axiomas (Figura 1).

Para Luiz Flávio Gomes (2013), o direito penal alicerçado pelos princípios do direito penal minimalista e os axiomas do garantismo de Ferrajoli, conduz a ideia de um direito penal minimalista garantista, o qual contém diversos princípios, dentre eles, princípio da intervenção mínima, princípio da legalidade, princípio da ofensividade, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da presunção de inocência, princípio da igualdade, etc., apresentando um Estado de Direito que garante ao cidadão inúmeras garantias, que vão contra as proibições arbitrárias e abusivas e punições desproporcionais.

Na atual sociedade, o contrato social anteriormente firmado ainda existe. Acontece que, com as novas mudanças sociais, advindas pela globalização, muitas coisas mudaram e resta saber se, diante disso, o contrato estaria então ultrapassado, necessitando de mudanças. As taxas de criminalidade aumentam em cada ano e o homem, percebendo diariamente a insegurança, pugna por resposta estatal, todavia, as respostas pugnadas são de caráter repressivo e punitivo. Resta saber se tais mudanças infringem os limites estatais anteriormente impostos.

Figura 1: Diagrama apresentando os dez axiomas que fundamentam o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.



Fonte: Adaptado de Ferrajoli (2002, p. 74-75)

2.2 Novas mudanças, nova sociedade

As últimas décadas pós segunda guerra mundial têm sido marcadas pela conquista de direitos pelos cidadãos. Estamos evoluindo cada dia mais, desconstruindo a sociedade, saindo de nossas casas e indo às ruas reivindicar o que nosso por direito. Mas nem sempre foi assim. Toda a nossa sociedade vem sendo constituída por momentos de conquista de direitos e momentos mais repressivos. Para Paul Veyne “a história parece cíclica”, ou seja, vivemos em ciclos, hora repressivos, hora pautados no discurso garantista e é assim que a nossa sociedade tem evoluído (VEYNE, 1982 *apud* MORAES, 2006).

Observa-se que antes de um discurso mais humanitário advindo de Beccaria, através de “Dos Delitos e Das Penas”, havia-se um direito penal extremamente repressor o qual usava de penas infamantes, cruéis e de morte (MORAES, 2006). Esse é apenas um exemplo de inúmeras épocas cíclicas que podem ser observadas por toda a história.

Pode-se afirmar com Moraes (2006) que os marcos de consagração de inúmeras garantias individuais no nosso país nos tempos recentes seriam o movimento das “Diretas Já” e a Constituição de 1988. Após, advindos da exploração midiática, surgiram legislações, como a Lei de Crimes Hediondos, a qual, consequente, aumentou a população carcerária, motivando a edição de novas legislações com o fim de restringir a utilização da pena de prisão, como as Leis de Penas Alternativas e dos Juizados Especiais Criminais.

Depreende-se da citação acima que com a nossa Constituição Federal de 1988 foram alcançadas inúmeras garantias, sendo que anteriormente a mesma vivíamos em um Estado repressor. Consequentemente, seguindo a lógica do laxismo e rigorismo, sendo que o primeiro preconiza ideias pouco severas, amplas e conciliatórias, e o segundo que postula por um julgamento mais rigoroso e severo, o mais certo é que nossa atual sociedade caminha para este último estado (MORAES, 2006).

Seguindo a tendência acima mencionada, o documentário “A 13ª Emenda” (2016), analisa o contexto sobre a população carcerária dos Estados Unidos, país que tem a maior taxa de encarceramento do mundo, contando com 300 mil em 1972 e com 2,3 milhões em 2016. A contra ponto destes números, após diversas aprovações de leis repressivas, as quais, conjuntamente com outros fatores, desencadearam o encarceramento em massa, democratas e republicanos decidiram que não é mais

interessante manter o sistema presidiário como é, surgindo na atual conjuntura daquele país a mudança da abordagem relativa ao encarceramento e uma reforma criminal.

Pode-se dizer, neste sentido, que os ciclos históricos, ora repressores, ora garantistas, parecem inevitáveis. O expansionismo penal é um acontecimento que vem acontecendo no nosso país nas últimas décadas e é certo que este movimento está intimamente ligado com o rigorismo, vez que têm se criado mais leis, penas mais severas, a população carcerária tem aumentado, ou seja, a repressão tem sido cada vez mais um meio aclamado pela nossa população. Todavia, antes de analisar sobre no que consiste esse expansionismo e se esse novo modelo de direito penal coaduna com o modelo penal liberal e garantista, ainda é importante analisar como o cidadão brasileiro como ser singular forma a sua opinião acerca do direito penal nos dias atuais.

2.3 O clamor social

A sociedade moderna pode ser considerada como uma “sociedade de riscos”, onde a sensação de insegurança da população convive com a tutela do direito que vem alcançando novos bens jurídicos. Diante de todas as cobranças sociais, insufladas pelo espetáculo que vem sendo difundido pelos meios midiáticos, a resposta populista dos políticos tem o fim de mostrar à população que o Estado não está inerte (FERREIRA, 2014).

Isto é, com o incremento da insegurança da população, consequentemente os cidadãos passam a exigir respostas do poder estatal, o que não é nada mais justo, visto que fizemos um contrato social com o mesmo e esse sentimento de impunidade existe pois ele não está sendo devidamente cumprido. Diante de tamanha sensação de impunidade, insegurança e indignação social, para Masson (2012), o Direito penal passa a ser convocado a controlar os novos problemas sociais, pois o poder por ele transmitido mostra-se basilar para enfrentar os novos riscos da sociedade. Assim, confere-se ao Direito Penal um “efeito analgésico ou tranquilizante” (ANDRADE, 1996 *apud* MASSON, 2012, p. 87).

No mesmo sentido dos autores citados acima, para Salim e Azevedo (2017), percebe-se a exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, fato que incentiva as sensações de insegurança, medo e terror, que criam a falsa ideia de que o Direito Penal é um instrumento eficaz do combate a violência. Deste modo, Moraes (2006, p. 26), afirma que “a sensação de insegurança decorrente deste modelo de

“sociedade de risco”, certamente é acentuada pela atuação da mídia”, dizendo ainda ser incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de impunidade e os meios de comunicação, pois a empresa transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante e o que está próximo, deixando o telespectador com uma percepção confusa, aproximando-o da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

Neste contexto, Almeida (2013), a fim de ilustrar a mentalidade da opinião pública sobre punição, utilizou de comentários extraídos da seção destinada aos leitores no jornal Zero Hora, denominada “Do Leitor”, sendo que durante a pesquisa, foram analisadas 3.466 manifestações publicadas nas edições de números 16040 a 16402, entre as datas de 1º/08/2009 e 31/07/2010. A contra ponto, a autora ressalta que as considerações acerca de tal pesquisa devem ser compreendidas com cautela, devido as suas limitações metodológicas, haja vista que diante do curto espaço, tempo e recursos, seria impossível retratar a integralidade da opinião pública brasileira, sendo que a pesquisa tem o intuito de oferecer uma contribuição de como pensa, regra geral, a nossa sociedade brasileira.

A autora concluiu, além de várias outras percepções mais detalhadas, que a mentalidade imperante está voltada para “uma política estatal eminentemente baseada na intervenção penal, mediante leis mais rigorosas e penas mais severas, no fito de otimizar o combate à delinquência e, desse modo, lograr a almejada segurança” (ALMEIDA, 2013, p. 374) As cartas dos eleitores enunciam o medo, a insegurança, a sensação de impotência, restando constatar que as soluções propagadas para combate à criminalidade apoiam práticas arbitrárias contra o “Outro”.

Segundo Gomes (2013), pode-se considerar que o atual modelo político criminal brasileiro, tem sido marcado pelo hiperpunitivismo, desde que assumiu um discurso populista, que poderia ser conceituado como:

O método (ou discurso ou técnica ou prática) hiperpunitivista que se vale do (ou que explora o) senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como solução para o problema da criminalidade. Trata-se de um discurso político do inconsciente coletivo, que descansa sobre uma criminologia arcaica do homem criminoso, o “outro estranho” e que explora a insegurança pública como fundamento para adoção de mais medidas punitivas. (GOMES, 2013, p. 28).

O populismo penal é composto por três características, a demagogia, o messianismo e a função de legitimação da crueldade. Temos como demagogia a

identificação das preocupações da maioria social e a proposta de aliviá-las através de soluções fáceis de compreender e impossíveis de aplicar, termo que, muito embora não seja um recurso novo, tem sido inflado graças aos meios de comunicação de massa, sobretudo a televisão, que tem construído sua programação com frases curtas e imagens impressionantes (GOMES, 2013).

No que tange a segunda característica, messianismo pode ser caracterizado com a permissão de tudo contra o inimigo, inclusive o terror e o extermínio, em nome do bem, ou seja, são feitas guerras humanitárias para salvar o mundo; para se defender a razão, a justiça, a liberdade, igualdade e fraternidade, muito sangue já se escoou no mundo (GOMES, 2013).

Por fim, o populismo tem cumprindo a função de legitimação da brutal crueldade praticada pelo poder punitivo estatal (GOMES, 2013, p. 70), por meio de diversas formas que ainda veremos neste trabalho, como por exemplo, leis mais duras, penas mais severas, novos crimes, etc. Assim, o que se busca por meio do populismo penal, é o apoio da sociedade para punições mais rigorosas, visando a satisfação de um instinto primitivo de justiça e vingança.

Uma política criminal mais repressiva, punitiva e que solucionará todos os problemas quanto a criminalidade: essa é a atual opinião pública brasileira quanto a punição. O brasileiro envolvido pelos sentimentos da insegurança e medo, legitima esses atos expansionistas estatais, por acreditar que ali está a solução, mesmo que este processo acarrete a supressão de alguns dos seus direitos fundamentais, é um “mal necessário”. O populismo faz promessas e o brasileiro acredita, sendo assim, ainda é importante observar como a opinião pública tem sido formada para tornar-se punitiva e repressiva.

2.3.1 A construção do clamor social pelos meios de comunicação

Percebe-se que a sociedade tem formado a sua opinião punitiva por meio do contato que tem com as informações repassadas pelos meios de comunicação. Essa é a principal forma do homem conhecer o mundo ao seu redor, sendo que essas informações repassadas vão ser compreendidas como sendo a realidade (ALMEIDA, 2013). Todavia, Lippman (2008 *apud* ALMEIDA, 2013), entende que essas informações não espelham o evento em si, mas sim uma versão deste, considerando que aquele que transmite a informação a faz mediante as suas lentes.

Nesse sentido, entendendo ser impossível abarcar a totalidade de todos os fatos do mundo, os noticiários recorrem a três processos para definição da agenda midiática: a seleção, a hierarquização e a tematização. Essas estratégias observam a atualidade do tema, sua relevância, experiências culturais, interesses periodísticos ou empresarias, sendo que um tema pode vir a ser suprimido ou valorizado, conjuntamente do uso de um elemento emotivo, que por vez alimenta o sensacionalismo, como também o uso do artifício da repetição, fazendo o telespectador acreditar que aquele conteúdo é real (ALMEIDA, 2013).

Os mundos artificiais, como explica Arbex (1995), são criados pela TV, que estrutura um mundo que não é “natural”, o qual foi fabricado segundo a ótica de quem controla os meios para tal fabricação. A identificação visual entende o que foi transmitido como a “realidade”, pois atribuímos a cenas que nos são estranhas uma familiaridade que é construída por nós mesmos, diante da nossa necessidade de ter parâmetros conhecidos para poder analisar aquilo que nos é apresentado.

Acontece que, as informações repassadas pela televisão não passam por nenhuma crítica, pois a dinâmica das imagens solicita respostas reflexas, rápidas, imediatas do telespectador. Entretanto, a opinião ainda não pode ser considerada absolutamente moldável, mas é obvio o crescente poder que os meios de comunicação exercem sobre a massa e o caráter tele novelístico do jornalismo (ARBEX, 1995).

O populismo midiático está alicerçado em quatro pilares: exacerbação de fatos violentos, a sacralização da vítima, a demonização do criminoso e a disseminação da ideia de que a punição é o melhor meio para a solução de conflitos. Sofrer um desprestígio midiático significa obter impopularidade, o que para os políticos parece inconcebível, acarretando com que incluam em suas pautas eleitorais as reivindicações populares, como um tipo de resposta imediata e positiva, visando a tranquilização social, sendo assim a resposta é punitivista. (ALMEIDA, 2013).

Essa forma de mídia tem se tornado popular, pois, de acordo com Gomes (2013), confere a multidão uma identidade coletiva, sendo considerada uma potente porta voz da massa difusa, um meio de comunicação entre o povo e os políticos e o judiciário, fazendo com que os políticos e o judiciário passem mais a se preocupar com sua imagem na mídia, do que com os reais valores, pois antes disso, é preciso ter o consenso popular, fatos que transformam a democracia representativa na democracia da opinião.

A mídia, de acordo com Monzón (2005 *apud* GOMES, 2013), reduz e deixa vago o que é noticiado, atribui a Justiça ineficiente como causa de aumento da

insegurança, usa de estereótipos, não há neutralidade, impõe sanções morais, deslegitima a Justiça, fazendo assim uma interpretação ingênua dos fatos. No mesmo sentido Rodriguez (2011 *apud* GOMES, 2013) afirma que a mídia não demonstra nenhuma neutralidade, caracterizando sua postura imparcial, tornando-se comprometida.

Uma característica comum da mídia tem sido o sensacionalismo, que abusa da emotividade, da gesticulação, fazendo com que a notícia seja um espetáculo, conduzido por dramatização, usando da fragilidade da vítima, depreciando leis e autoridades através de frases de efeito, escandalosas manchetes, gerando assim mais medo, mais insegurança na população (GOMES, 2013). Importante ressaltar que a mídia é apenas um dos meios de comunicações que podem ser usados para difundir o populismo penal. O uso das redes sociais vem crescendo diariamente, alcançando em sua grande maioria os usuários mais jovens, sendo este também um meio de repercussão de protestos e de dar voz ao povo.

Em termos claros, o Estado está nitidamente descumprindo o contrato social. Com isso, surge a sensação de impunidade e insegurança, sendo que em razão disso, o Direito Penal é cotado como o meio mais adequado para a solução de todos os conflitos pela sociedade. Todavia, observa-se que a opinião pública é constantemente influenciada e manipulada a acreditar que o hiperpunitivismo é a única solução adequada, fato difundido pelo populismo penal e pelo populismo penal midiático, gerando mais sensação de insegurança e impunidade na sociedade. Sendo assim, diante do novo viés repressor endeuado pela sociedade, é importante observar se os novos moldes estabelecidos para o Direito Penal coadunam com um estado minimamente intervencionista.

2.4 O expansionismo penal

O expansionismo penal se tornou algo notável, facilmente perceptível e constantemente requisitado. Podemos perceber sua reivindicação através dos diversos meios de comunicação, em conversas informais e formais, vindo de leigos ou de pessoas com notável saber jurídico, pois a tendência expansionista no campo do Direito Penal é a realidade. Conforme vimos no tópico anterior, o direito penal tem sido pugnado como solução para a criminalidade, as quais causam constantemente sensações

de impunidade, inseguranças e impotência, na sociedade. Ao direito penal tem sido dado o fardo de ser “A salvação”, como se dali derivasse todas as respostas para todos os males atuais, está nas mãos do direito penal o restabelecimento da paz social, da garantia de reformular a nossa sociedade.

Nesse mesmo sentido, mas indo além, Sanchez (2002) diz que o predomínio do expansionismo é notório, podendo ser caracterizado não só pelo crescimento do Direito penal, mas sim como sua metamorfose. Assim, em decorrência do expansionismo penal, vivemos hoje em um dos piores momentos de poder punitivo, sendo propagado por aberrações legislativas, fruto do emergencialismo punitivo, gerando o maior encarceramento mássico de toda a história (GOMES, 2013).

Para Ferreira (2014), após a exigência constante de resposta Estatal em prol de mais segurança, é patente a expansão do direito penal durante as últimas décadas, como uma resposta do Estado, buscando sempre extirpar a criminalidade da nossa sociedade. As mudanças na estrutura clássica do direito penal advêm da sua frequente convocação para controlar os novos problemas sociais, sendo um resultado quase natural a “expansão do Direito Penal” (MASSON, 2012).

O expansionismo penal tem se manifestado através das seguintes formas: Direito Penal de Emergência, Simbólico e Promocional; criação de crimes de acumulação e transgressão que geram a administrativização do Direito Penal; leis penais de perigo abstrato de antecipação de tutela; direito Penal do Inimigo; direito Penal de segunda, terceira e quarta velocidade ou neopositivismo; penas desproporcionais e aumento de pena para crimes já existentes e a flexibilização de garantias penais e processuais penais. Passaremos a análise de cada uma dessas teorias e, conforme poderá ser percebida, uma faz correlação com a outra, considerando que advêm da mesma tendência expansionista.

Começamos analisando o que vem a ser considerando como as velocidades do Direito Penal. Para Sánchez (2002), criador da teoria das duas velocidades do Direito Penal, a primeira velocidade do Direito Penal tem relação com o direito penal clássico, o qual assegura todos os princípios tradicionais do direito penal e processual penal, mas permitindo a pena de prisão. Nessa forma, o direito penal só deve ser usado quando houver lesão ou perigo concreto de lesão a um bem individualmente e a um bem supraindividual. Na sua segunda velocidade, o Direito Penal passa a flexibilizar as garantias penais e processuais penais, admitindo a criação de crimes de perigo

presumido e crimes de acumulação, sendo que para estes crimes não deve ser possível a aplicação da pena de prisão, somente outros meios de penas (SÁNCHEZ, 2002).

Por fim, a terceira velocidade do Direito Penal ainda é analisada por Sanchez (2002), o qual a explica como um Direito Penal que relativiza as garantias político-criminais regras de imputação e critérios processuais. Essa velocidade pode encontrar espaço nos crimes de delinquência patrimonial profissional, delinquência sexual violenta e reiterada, ou nos casos de crime organizado e terrorismo. Contudo, apesar de não negar a sua existência, informa que seu âmbito deveria ser reduzido a mínima expressão.

A quarta velocidade do Direito Penal ainda é abordada por Salim e Azevedo (2017), que relacionado com o neopositivismo, termo cunhado por Daniel Pastor, o qual seria um novo modelo de Direito Penal para réus que no passado eram chefes de estado, que uma vez detiveram o poder estatal e ao violarem graves tratados internacionais que tutelam direito humanos, vão ter suas garantias penais e processuais penais restritas e suspensas.

O Direito Penal do Inimigo é uma das manifestações dessa terceira velocidade. O fundador dessa teoria é Gunter Jackobs e a caracteriza como a afronta a estrutura estatal por um indivíduo que tem um estilo de vida contrário às normas que lhe são impostas, sendo que agindo dessa forma o indivíduo não poder ser considerando como um cidadão e consequentemente não pode lhe ser assegurada a concessão das garantias que têm as pessoas normais (MASSON, 2012). Jackobs e Mélia (2012), fundamentam sua teoria nas ideias filosóficas de Jean Jacques Rousseau, já citado no item 2.1, deste estudo, já que o inimigo, ao descumprir o contrato social, deixa de ser um dos membros.

Nesse sentido, o Estado passa a enxergar aquele indivíduo que praticou uma infração, costumeiramente, como uma infração ao contrato social e a partir dessa violação não participará da relação jurídica com os demais, tornando-se seu inimigo. Os inimigos não são pessoas para o autor (MORAES, 2006).

Seguindo este raciocínio, o cidadão que é considerado como “pessoa”, é aquele que oferece a garantia de estar sempre dentro das normas impostas pelo contrato estatal. Ao cidadão, aplica-se o Direito Penal do Cidadão, o qual apesar de danificar a norma, de modo coativo, equilibra o dano, com a aplicação da pena. Ao inimigo, aplica-se o Direito Penal do Inimigo, visto que há muito deixou de satisfazer as mínimas expectativas normativas (SALIM; AZEVEDO, 2017). Para Jackobs e Mélia (2012), as três características principais do Direito Penal do Inimigo seriam o adiamento da

punibilidade, penas desproporcionalmente altas e relativização e supressão de determinadas garantias.

O expansionismo também tem se manifestado através do direito penal simbólico e o direito penal de emergência, que tem íntima relação com a hipertrofia legislativa, os crimes de antecipação de tutela e de perigo abstrato e a cominação de penas mais altas para os crimes já existentes. Uma das formas que o Estado usa para manter cumprindo o contrato social, da forma punitiva que vem sendo cobrada pela sociedade, é a criação de leis penais de caráter repressivo. Todavia, muitas vezes, com essa intenção de dar resposta aos anseios da sociedade, o Estado cria leis penais sem nenhum fundamento criminológico e sem nenhum efeito na realidade, acabando por cumprir apenas um papel simbólico (SALIM; AZEVEDO, 2017).

O uso constante das leis penais simbólicas tornou-se útil para os interesses eleitorais do legislador, considerando que a criação de novas leis é vista pela população como solução da criminalidade (GOMES, 2013). O ato Estatal de utilizar de novas leis para finalidades políticas figura-se como o Direito Penal Promocional (SALIM; AZEVEDO, 2017).

Os números são assustadores. De 1940 até o ano de 2011, o legislador brasileiro aprovou 136 leis penais, sendo 104 mais gravosas. Regra geral, tais leis são aprovadas com caráter emergencial, após uma grande onda de medo e insegurança, sendo o resultado a criação de mais uma lei penal rigorosa (GOMES, 2013). Essa hipertrofia legislativa pode ser caracterizada como o Direito Penal de emergência, expressão que é utilizada para expressar o ato estatal de criar leis excepcionais, visando limitar garantias penais e processuais, como solução de controle criminal. É certo que essa crescente tipificação penal, vêm proibindo ações indeterminadas, com ausência de lesividade, punindo-se atos preparatórios e de perigo abstrato, tão severamente quanto os atos materialmente lesivos, havendo, com isso, clara desproporcionalidade da pena (FERREIRA, 2014).

A criação dos crimes de mera conduta é de ordem preventiva, visto que, é indiferente que o infrator chegue a produzir qualquer resultado, bastando a presunção do dano ou de perigo (MORAES, 2006). Nesse sentido, para Ferreira (2014, p. 168), a punição antecipada e indeterminada de atos preparatórios e de perigo abstrato, “não representam quaisquer danos a bens jurídicos, indicam a probabilidade de seu autor vir a cometer ofensas futuramente”, sendo que com tais atos repressivos o Estado busca uma

persecução antecipada e seletiva de determinados tipos de indivíduos, quais sejam, os criminosos habituais, buscando neutralizá-los.

Esse tipo de criminalização da conduta também foi abordado por Jackobs e Mélia na sua tese sobre o Direito Penal do Inimigo, sendo que para o jurista “quem castiga por fatos futuros, já não tem nenhum motivo para deixar impunes os pensamentos” (JACKOBS; MÉLIA, 2012, p. 130). Além disso, e como se novos tipos penais não fossem o suficiente, ainda há reinvidicações para que os crimes já existentes recebam penas mais graves, considerando que acreditam que suas penas não são suficientes para coibir a criminalidade. Contudo, enquanto a lei vigente não for aplicada com eficácia, é ilógico postular por aumento de pena (GOMES, 2013).

Essas novas legislações penais passam a tutelar novos bens jurídicos de caráter coletivo, como por exemplo, de mercado econômico, ordem econômica, saúde pública etc. (SALIM; AZEVEDO, 2017). Essas mudanças na compreensão do bem jurídico focam na intervenção penal na proteção de bens jurídicos coletivos, cada vez mais vagos e abstratos, ocorrendo um distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual (MACHADO, 2005 apud SALIM; AZEVEDO, 2017). Uma das formas de se utilizar essa proteção coletiva, é a produção de crimes de perigo abstrato, sendo que tais delitos sofrem críticas, pois violam princípios como o da lesividade e da subsidiariedade (SALIM; AZEVEDO, 2017).

Nesse sentido, no tocante as legislações que tutelam bens jurídicos de caráter coletivo, mesmo se forem possível somar todas os atos individuais e se constatar um dano através deste acúmulo de atos, ainda é inadmissível a punição individual, considerando que um fato por si não apresenta lesão, nascendo assim os crimes de acumulação. Se não temos lesividade por um ato individual, estamos tratando de um desrespeito a norma, uma simples desobediência do dever, o que pode ser denominado os crimes de transgressão, sendo que tais fatos podem ser tratados em outros modos de controle, como por exemplo o Direito Administrativo. Quando o Direito Penal passa a tutelar essas condutas estamos diante da administrativização do Direito Penal (SALIM; AZEVEDO, 2017).

E ainda, por fim, com o advento do expansionismo penal, acontece a chamada flexibilização de garantias penais e processuais penais, já mencionada na segunda, terceira e quarta velocidades do direito penal e como característica do Direito Penal do Inimigo. Essa flexibilização poderia ser exemplificada pelo aumento do poder investigatório dos órgãos acusatórios, o uso excessivo das prisões cautelares, nos casos

das prisões sem condenações e execução provisória da sentença com pendência de recurso, fatos que mitigam direitos fundamentais do acusado (FERREIRA, 2014).

Podemos encontrar inúmeros exemplos de infrações penais expansionistas pelo mundo, todavia, neste presente trabalho, o foco é a legislação nacional. Para Ferreira (2014), o destaque no panorama nacional seria o Regime Disciplinar Diferenciado, previsto na Lei 10.792/2003, lei de execuções penais, pois tal regime é justificado apenas pela periculosidade e conceitos de risco subjetivos e não pela conduta delituosa, sendo que tal periculosidade é baseada em meras suspeitas, fato que desrespeita o devido processo legal. Com isso, percebe-se que a legislação brasileira passa a tratar esses indivíduos como inimigos da ordem social, passando a serem restringidos de liberdade liberais penais e processuais penais.

Assim, Moraes (2006) critica com arrimo a Lei 9.099/95, tratando-se de uma lei que flexibiliza as garantias penais e processuais penais, pois, na prática, a tipificação do crime foi modificada, considerando que muitas vezes o fato não constitui nenhuma infração penal, todavia é mais fácil lavar o termo circunstanciado, do que explicar para a vítima que a solução daquele pode ser buscada em outra seara. Deste modo, o próprio sistema penal criou mecanismo de penas sem o respeito dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Como exemplo da punição antecipada e indeterminada de atos preparatórios e os crimes de perigo abstrato, temos o crime de petrechos para falsificação de moedas e para tráfico ilícito de entorpecentes, previstos no artigo 291 do Código Penal e art. 34 da Lei 11.343/06, respectivamente, pois esses delitos não representam nenhum dano a bem jurídico, indicam apenas uma probabilidade de ofensa futura, sendo que visam certos tipos de autores (FERREIRA, 2014). Moraes (2006) ainda cita como exemplo o art. 52 da Lei 9.605/98, que pune o fato do agente “Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente”.

No sentido da legislação de emergência, temos a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e das Organizações Criminosas (Lei 0.034/95) (SALIM; AZEVEDO, 2017). A Lei de Crimes Hediondos é uma das leis penais mais severas do nosso País, a qual contribuiu para a explosão carcerária, todavia, não obteve resultados práticos, tendo caráter apenas simbólico (GOMES, 2013).

Após o Direito Penal ter sido cotado como solução adequada para os tão complexos problemas da criminalidade, importante analisar se tais mudanças podem ser

conciliadas com o (antigo ou antiquado) Direito Penal Clássico de viés garantista. Pelo que já foi analisado neste tópico, todas as tendências expansionistas acarretam flexibilizações das garantias e supressões de princípios. Uma certeza que podemos ter do Direito Penal minimamente intervencionista e garantista é que ele ainda não existiu em sua plenitude, diante disso, devemos ceder as novas mudanças, ou continuar lutando por seu perfil clássico?

2.5 Análise e críticas do direito penal e processual penal e suas atuais expansões

Muito embora o nosso Direito Penal Clássico ser pautado por máximas garantias e liberdade, construído alicerçado por diversos princípios, que garantem um limite ao poder Estatal, conforme vimos no item anterior, a tendência crescente no âmbito do Direito Penal é expansionista com um viés mais repressivo. Diante disso, surge o questionamento acerca da importância de analisarmos se a tendência expansionista afasta o Direito Penal do seu viés clássico e garantidor e se tem em suas características a supressão dos princípios basilares, que levamos anos para conquistar.

É certo que, após breve pesquisa, foi mais fácil encontrar críticas, sobre as tendências expansionistas. Difícil aqui, nesse humilde trabalho é conseguir pautar a maioria de todas as manifestações já expressadas pelos renomados juristas, portanto, me limitarei a buscar listar apenas alguns pontos que considere de grande importância. Importante ser observado que, muito além de analisar o atual modelo de direito penal por meio das críticas, é essencial fazer uma análise de forma imparcial, para que o leitor, por si só, também possa formar sua própria opinião acerca do tema.

Começo fazendo uma observação de que, encontrei nos seguintes juristas entendimentos de que o Direito Penal do Inimigo poderia ser comparado com o Estado Alemão Nazista. Dotti (2004 apud MORAES, 2006), acredita que o Direito Penal do Inimigo é “a ressurreição de uma concepção nazista sobre o ser humano, agora sob o foco do preconceito racial, renovando antigas teorias e práticas com nova roupagem ideológica e escuridão do espírito”. Conde e Hassemer (2001 apud MORAES, 2006, questiona o que viria após a teoria do Direito Penal do inimigo se transformar em uma realidade: “Campos de concentração, tortura como meio de prova, generalização da adoção da pena de morte? ”. Nesse sentido Prittwitz (2009), relembra que pelo Estado Alemão Nazista, pessoas foram assassinadas por serem consideradas “não pessoas”, pois não eram aceitos por seus comportamentos e eram combatidos como “inimigos”.

O processo que ocorre quando a tutela penal abarca novos bens jurídicos de carácter coletivo, formulados de modo vago e impreciso, chama-se desmaterialização do bem jurídico (SALIM; AZEVEDO, 2017). Tal desmaterialização visivelmente afasta as premissas clássicas de carácter concreto do bem a ser protegido (MACHADO, 2005 *apud* SALIM; AZEVEDO, 2017). No mesmo sentido crítico, Munõz Conde (2003 *apud* FERREIRA 2014) cita que os direitos e garantias fundamentais penais e processuais penais, são irrenunciáveis e quando admitimos que parte deles sejam suprimidos, ainda que motivados por casos graves e únicos, devemos admitir também o falecimento do Estado de Direito.

O penalista espanhol, Sánchez (2002), afirma que existe espaço para uma razoável expansão do Direito Penal, considerando as novas realidades que antes não existiam, ou que existiam, mas não tinham a mesma incidência, portanto também encontramos espaço para a “expansão desarrazoada”. E ainda:

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade - pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa. (SÁNCHEZ, 2002, p. 4)

Nesse sentido Prtittwitz (2009), considera que a expansão do Direito Penal, vem aliada de ajustes do Direito, que, de certo ponto de vista preventivo, é plausível, todavia, sob a perspectiva do Direito Penal, podemos resumi-las como “deformações do perfil garantista do Direito Penal, que não se limitam, porém, às novas divisões do Direito Penal, mas que ameaçam infectar o Direito Penal como um todo”. O mesmo autor ainda repudia o Direito Penal do inimigo, classificando-o como inaceitável e “absolutamente condenado ao fracasso” (PRTITTWITZ, 2009, p. 39).

Masson (2012, p. 86) questiona: “deveria o Direito Penal manter seu perfil clássico ou, então, seria mais coerente adaptar-se aos novos tempos, com todas as alterações exigidas para alcançar esse patamar?”. E responde, concluindo que, independente da opção entre as perguntas acima, não podemos esquecer da subsidiariedade e do carácter fragmentário do Direito Penal, bem como que o Poder Público deve interferir o mínimo possível na vida dos cidadãos. Os perigos da expansão do Direito Penal estão na hipótese de nos esquecermos de sua função precípua, ocasionando a sua desformalização. (MASSON, 2012)

Retratando o embate entre o modelo penal punitivista e o modelo garantista como uma guerra, Gomes (2013, p. 186), explica que no plano político criminal, o centro dos debates se estabeleceu sob os dois modelos totalmente opostos, “minimalismo versus expansionismo, garantismo versus populismo penal”. No final, quem estaria perdendo o embate seria a tese do minimalismo, bem como a ideologia da ressocialização, para o predomínio do expansionismo penal de forma conservadora. Esse fenômeno anti-iluminista, anti-garantista e de caráter simbólico, é visto pelo cidadão como a solução para a luta contra o delito, sendo que ele não se preocupa com seus excessos, nem com seus limites, de certo que tudo valerá a pena, todos os cortes de garantias fundamentais são vistos como necessários para sua proteção (GOMES, 2013).

Observa-se que com a desmedida interferência do Direito Penal, ele passa a transpor limites, que lhe servem justamente para nos certificados que estamos protegidos de arbítrios estatais. Quando permitimos a intervenção punitiva antes mesmo de verificarmos uma lesão ao bem jurídico, ferimos o princípio da culpabilidade (BIANCHINI 2002 apud MORAES, 2006).

O campo do Processo Penal também vem sofrendo com diversas ofensas, pois em nome da efetividade do processo, da agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitamos profundamente garantias processuais penais, tudo em nome da operatividade da intervenção (MORAES, 2006). Para Silva (2001), as novas investigações modernas revolucionárias, tais como escutas de telefone, agente infiltrado, entram em conflito com direitos fundamentais, devendo então ser realizada a adequação de tais mecanismos as garantias constitucionais.

Por fim, para Salim e Azevedo (2017):

Com a punição da mera desobediência à norma, sem qualquer lesão perceptível a bem jurídico, o Direito Penal do risco seria contrário à proteção subsidiária dos bens jurídicos (*ultima ratio*), convertendo-se em um Direito Penal de *primeira ratio*, a fim de defender as funções estatais. Ao contrário do Direito Penal de tradição liberal, no qual o bem jurídico teria cumprido um papel limitador, com função crítica de sentido descriminalizador, legitimando apenas a punição de condutas que lesassem objetos definidos como bens jurídicos, o Direito Penal do risco utiliza o conceito de bem jurídico para legitimar a criação de novos tipos caracterizando, assim, uma função com sentido criminalizador. (SALIM; AZEVEDO, 2017).

Devemos então, nos adaptar ao novo modelo, de forma que, ao nos adaptarmos, podemos evitar a máxima flexibilização ou a flexibilização desnecessária? Haveria alguma flexibilização legítima, considerando que, com a ausência dos outros ramos do

direito, o direito penal vem sendo cotado como “a salvação”? A possibilidade de flexibilização dos direitos de um cidadão em prol de toda a sociedade tem sido vista como uma solução lógica e realista por alguns juristas.

Para estes juristas, a solução para a tendência expansionista que já está inserida no Direito Penal, seria a ponderação de garantias e direitos fundamentais, questão que vem sendo altamente debatida na contemporaneidade. Pois “uma coisa é o político criminal desejado e outra bem diferente é o jurídico-constitucionalmente possível” (MORAES 2006, p. 260). Para o jurista Karl Larenz (1997), a paz jurídica se restabelece quando um direito cede, até certo ponto, em detrimento de outro, considerando que os limites dos direitos não estão fixados, portanto são móveis e, justamente por isso, podem entrar em conflito. A ponderação de direitos ou bem jurídico acontece levando em consideração o peso que é conferido ao bem, em cada situação.

Este jurista ilustra um caso em seu livro, no qual deveria haver uma ponderação entre um bem da comunidade, que seria a saúde pública e a liberdade de um indivíduo de escolher uma profissão. Sem entrar em pormenores, no caso concreto, a liberdade garantida ao cidadão só pode ser restringida na medida que é indispensável para o bem comum. O mais interessante é que em sua decisão o tribunal renunciou a possibilidade de encontrar um denominador comum entre os dois direitos, por falta de possibilidade. Ao invés disso, procede usando o mínimo de restrição possível. No caso, a restrição à liberdade de escolher a profissão do indivíduo seria viável a fim de evitar um perigo sério, que não pode ser evitado de outro modo, em prol do direito igualmente importante que é a saúde pública.

Nesse sentido, para Moraes (2006), para tratarmos de ponderação de princípios, precisamos reconhecer a relatividade dos mesmos, contudo, considerando que esse tema também é amplamente debatido, eles serão tratados mais a fundo em outra oportunidade.

Em síntese, verificamos que lamentavelmente o Direito Penal tem sido corrompido, usado como primeira *ratio*, flexibilizando diversas garantias penais e processuais penais, como soluções para um problema extremamente complexo que é a criminalidade. O cidadão brasileiro, imerso a uma mídia populista e políticos descomprometidos, pugna por mais intervenção penal, a partir do momento que sente que o Direito Penal minimamente garantista já teve seus dias de glória, contudo, sem brilhos. O cidadão não entende que todo Estado de Direito precisa ter limites, que

existe, na sua melhor forma, através dos princípios penais, que hoje são vistos como excesso de garantias para aqueles que são considerados como inimigos.

Mesmo que o Direito Penal se encontre em uma crise, ainda podemos acreditar que deveríamos lutar não por um melhor direito penal, mas sim por algo melhor que o direito penal (GOMES, 2013).

3 CONCLUSÃO

A teoria do Direito Penal Clássico é construída com base em princípios penais e processuais penais que visam limitar o poder estatal e dar maior liberdade para o homem. Máximas liberdades com maiores garantias, essa é a ideia de um estado minimamente intervencionista, é o que indica a teoria liberal, advinda do Iluminismo.

Diante disso, é preocupante a tendência expansionista que vivencia o direito penal nas últimas décadas, no Brasil e em outros países, advindo de um clamor público emergencial, construído através da mídia, em sua maior parte, tendenciosa, corrompida e imparcial. A sociedade se dividiu, parou de ser empática, perdeu o interesse por entender o outro, criou rótulos e barreiras para com o “inimigo”. Uma reportagem de cinco a dez minutos basta para o homem formar sua opinião e dizer que entende o outro, mesmo esse outro sendo completamente diferente dele.

Fato que é interessante de ser citado é a crescente “esquerda punitivista”. Em tempos de expansionismo penal, visualizamos um crescimento da direita conservadora, todavia, podemos observar também, um fato novo que é o crescimento da esquerda punitivista, que também vem pugnando por penas mais duras para os crimes contra as minorias, como por exemplo as mulheres, os homossexuais, os idosos, os deficientes físicos, o meio ambiente.

Muito embora já estejamos vivendo em meio a um direito penal mais repressivo, com flexibilização de garantias, ou seja, um direito penal já expandido, com viés para punir o “inimigo”, as taxas de criminalidade e de encarceramento aumentam a cada dia mais e a sensação de impunidade assombra a população brasileira. Isto porque o sistema prisional é seletivo, local em que, na sua grande maioria, usuários de drogas estão sendo “tratados” e que negros e jovens pobres fazem seu lar.

Apenas leis e penas severas, com a ajuda de um sistema prisional mais parecido com o inferno e uma polícia altamente repressiva: é a formula que muitos brasileiros hoje acreditam para a solução da criminalidade, simplesmente por não conseguirem enxergar a verdadeira sociedade em que vivem. Nós não podemos propor soluções fáceis para problemas de alta complexidade, pois analisar o homem inserido na sociedade tem sido um desafio que existe desde os primórdios. Propor o Direito Penal como a salvação é enganar o povo, é a utilização de um remédio a curto prazo, que no final tem mais efeitos contrários que benéficos. Com o presente trabalho restou

demonstrado que o expansionismo penal é fruto do populismo penal que é demagogo, pois cria soluções falsas.

A crise da criminalidade é alimentada constantemente por um Estado descomprometido com a sua sociedade, um Estado que é corresponsável, mas que intitula os seus prisioneiros de “inimigos do estado”, os quais são os frutos de suas falhas, de suas quebras do contrato social, advindos da desigualdade social, do esquecimento dos outros ramos do direito e da constante utilização do direito penal como *primeira ratio*, por ser esse o ramo que mais é sentindo pela população.

Transcorridos 29 anos da promulgação da nossa Constituição da República Federativa do Brasil, é incompreensível a utilização demasiada do direito penal e a flexibilização de garantias. Por mais que a ponderação de garantias tenha sido cotada por alguns juristas como solução, o problema é quando a ponderação é constantemente usada, virando uma supressão sistemática de um direito individual em prol de um direito da sociedade, se tornando um estado de coisas inconstitucionais, como aconteceu na ADPF 347, que tratou das questões atinentes ao sistema penitenciários e a constante violação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Vastas as soluções que podemos encontrar para não utilizamos de um direito penal que flexibiliza garantias. Analisei algumas soluções, mas sem pontuá-las, como mais importante ou menos importante, visto que só existira resultados se utilizadas conjuntamente. Seria importante restabelecemos o caráter do direito penal como *ultima ratio*, para que assim ele volte a ter a sua função essencial e visarmos mais a utilização dos demais campos do direito. Diante disso, olhar o dependente químico como doente e não como delinquente, é o início dessa reestruturação.

Aquelas tão sonhadas utopias ainda são válidas, como mais educação, políticas públicas que visam a inclusão social e matérias como filosofia, sociologia, ética e introdução ao direito deveriam se tornar como obrigatórias na grade escolar, desde os primeiros anos, pois só a informação pode salvar o homem da ignorância. Consequentemente com a educação, nossa sociedade se tornaria menos machista, menos racista, menos preconceituosa, menos materialista, menos competitiva, fato que resolveria grande gama de nossos problemas. Outro elemento indicado para a transformação social deveria ser o comprometimento da mídia, pois se ela destrói também pode construir. A mídia tem poder, visto que constrói a realidade social, forma a opinião pública, edifica a cidadania e muitos telespectadores não têm bagagem, devido

da falha da educação, de passar as informações recebidas por um “filtro”, sendo assim é necessária uma mídia comprometida com a verdade e a imparcialmente.

Além disso, nosso país carece de uma reforma política, que certamente nos últimos tempos tem acontecido, mas muitas mudanças ainda precisam acontecer. É necessário um comprometimento dos políticos com toda a sociedade, sendo que para isso precisamos incluir valores menos materialistas, consumistas, que visam dinheiro e poder, precisamos de mais responsabilidade, mais empatia e representantes intelectuais, muito além de apenas políticos, que não cedam as vontades do povo, só para conquistar idoneidade eleitoral. Se os nossos políticos são a representação do povo, sabemos que nossa sociedade ainda é muito corrupta e que as mudanças devem iniciar de ambos os lados.

E ainda, devemos analisar a falta de funcionários públicos devidamente capacitados para suas funções. Não bastasse a falta de qualificação, ainda temos a falta de comprometimento, a falta de valorização por parte do Estado de seus serviços, como o da policial civil, que encontra-se hoje em crise. A polícia brasileira, em sua maioria, não tem boa estrutura, há grande desmotivação dos policiais, também pela baixa remuneração, que acabam se envolvendo na corrupção. Precisamos de reestruturar a polícia brasileira para fazer investigações técnicas e inteligentes, motivando os funcionários públicos do setor e exigir, pelo menos, que tenham o curso superior de direito e ainda uma especialização na sua área.

O poder judicial encontra-se com descredito em nossa sociedade, com processos caros e morosos, os quais, no fim, não produzem eficácia alguma pois, a solução para a criminalidade está mesmo na rápida solução de conflitos, pois, Beccaria (2014) já dizia, o que inibe a prática do crime é a certeza da punição. Restabelecer um direito penal minimalista garantista é essencial, pois muito embora ele aceite a necessidade da utilização do direito penal, busca alternativas para reduzir sua incidência. Assim temos as alternativas pela descriminalização, da despenalização, da utilização da diversificação da reação, transferindo para outras esferas a solução do conflito e a desprisionização, devendo-se evitar ao máximo o encarceramento cautelar ou processual, ficando reservado para casos excepcionais e ainda devendo ser utilizado outras formas penas.

Nosso sistema prisional há muito tempo perdeu a característica de recuperar o preso, sendo apenas um instrumento de manter afastado o inimigo, de jogar em algum lugar o lixo estatal e as suas falhas. Hoje, o delinquente é visto pela maioria da

sociedade como inimigo, ao passo que começam a pugnar pela supressão de garantias para tal indivíduo, com a intenção de excluí-lo de um estado que nunca realmente ligou para ele. A reforma prisional ainda é uma solução utópica que a maioria dos brasileiros não entendem.

Pode-se concluir, portanto, que o direito penal de “terceira velocidade”, o direito penal do inimigo e as outras formas de expansionismo penal que flexibilizam as garantias fundamentais do cidadão, é incompatível com o Estado de Direito, devemos então repelir qualquer forma expansionista que visa suprimir nossas garantias, conquistadas depois de tanta luta e as quais, mesmo que há muito tempo não aplicadas em sua integralidade, existem para nos proteger de um Estado arbitrário. Muito antes de cotarmos o Direito Penal como solução, sabemos que muita coisa pode ser utilizada antes de chegarmos a *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARBEX, José. **O Poder da TV**. São Paulo: Scipione, 1995.

A 13º Emenda. Direção de Ava Duvernay. Roteiro: Ava Duvernay e Spencer Averick. Estados Unidos: Kandoo Films, 2016. (100 min.), P&B.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe Sobre As Sanções Penais e Administrativas Derivadas de Condutas e Atividades Lesivas Ao Meio Ambiente, e Dá Outras Providências.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Regulamento Institui O Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad; Prescreve Medidas Para Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas; Estabelece Normas Para Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico Ilícito de Drogas; Define Crimes e Dá Outras Providências. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRUNET, Karina. **Crise do Estado: Participação e solidariedade**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 38, n. 152, p.205-214, out/dez. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Iago Oliveira. **A Expansão do Direito Penal à Luz do Estado Constitucional de Direito**. Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 3, p.149-188, Não é um mês válido! 2014. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/733>. Acesso em: 10 jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria geral do populismo penal**. In: GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

JACKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Organização e Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. Tradução de: José Lamego.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. Dissertação de Mestrado: PUC-SP, 2006.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da co-culpabilidade**. Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v. 185, n. 59, p.27-30, Não é um mês valido! 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/21/1/Edicao185.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Teoria dos Fins da Pena: Breve Reflexões**. Revista dos Tribunais Online, Online, v. 0, n. 1, p.01-12, jan. 2014. Disponível em: <[http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz Régis Prado/Teoria dos fins da pena.pdf](http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2017.

PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal em uma encruzilhada: abolição, diversificação, retornar à razão ou entrar em razão?** Trad. Érika Mendes de Carvalho. Revista de Ciências Jurídicas - UEM, v.7, n.1, jan/jun. 2009.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de Filosofia do Direito: O jurídico e o Político da Antiguidade a Nossos Dias**. 3. ed. São Paulo: Atlas.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SÁNCHEZ, Jesús-maría Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, Revisão: Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. Disponível em: <www.passeidireto.com/arquivo/18045835/marco-antonio-marques-da-silva---acesso-a-justica-penal-e-estado-democratico-de->. Acesso em: 05 out. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!** – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, n. 53, 2005.