

A INEFICÁCIA DA EXPANSÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO PENAL

Makelvy Vlalber Silva de Araújo¹

Fillipe Azevedo Rodrigues²

Resumo: O presente trabalho visa demonstrar os principais fatores que contribuem para a expansão do direito penal, que realizada de forma indiscriminada não é um meio capaz de proporcionar a resolução dos problemas sociais, como a falta de segurança e a criminalidade elevada, ao contrário do que é amplamente propagado pela mídia e alguns políticos. Analisa também a flexibilização indevida de direitos e garantias fundamentais ocasionada por esse processo de dilatação do direito penal, bem como a falta de capacidade estrutural do Estado de suportar essa expansão e seus efeitos. No que tange ao procedimento metodológico, foi utilizada a pesquisa bibliográfica. Quanto aos resultados, verificou-se que além de não resolver os problemas a que se propõe, o alargamento exagerado do direito penal acaba por agravá-los e causar outros prejuízos, ocorrendo a retroalimentação da criminalidade, causada precipuamente pela omissão do Estado na atuação no combate as desigualdades sociais e na ressocialização dos encarcerados, além da má gestão dos recursos públicos. Por fim, aponta-se a existência de outros meios mais eficientes que a expansão do direito penal na tarefa de diminuir a criminalidade.

¹ Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio Grande do Norte (OAB – RN), e Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar (UnP).

² Professor e Advogado, inscrito na OAB – RN, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Líder do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais da Universidade Potiguar e Investigador do Instituto Jurídico Portucalense da Universidade Portucalense (UPT), no Grupo de Investigação *Capital, Labour, Tax and Trade*.

Palavras-Chave: Direito Penal. Expansão. Ineficácia. Redução da criminalidade. Medidas alternativas.

THE INEFFECTIVENESS OF INDISCRIMINATE EXPANDING OF CRIMINAL LAW

Abstract: This work aims to demonstrate the major contributing factors to the expansion of criminal law, which – while it is used indiscriminately used - is not a means to provide solutions for social problems such as lack of security and high crime rates, in contrast to what is disseminated through the media and supported by politicians. It also analyses the undue flexibilization of rights and guarantees, which is produced by this process of enlargement of criminal law, as well as the lack of structural capacity for the State to deal with this expansion and its effects. With regard to the methodological procedure, bibliographical research has been used. As for the results, it was found that the extensive use of the criminal law, besides not solving the problems, will eventually make them worse and cause additional harm, resulting in crime feedback, caused mainly by the omission of the State in countering social inequality and ressocializing inmates, in addition to mismanagement of public resources. Finally, the existence of other more efficient means for reducing crime, other than the extensive use of criminal law, are pointed

Keywords: Criminal law. Expansion. Ineffectiveness. Crime reduction. Alternative measures.

1 INTRODUÇÃO



expansão do direito penal é um fenômeno que consiste no significativo aumento das atribuições que são dadas ao direito penal, este passa a tutelar inúmeros bens jurídicos, a tornar mais severas as reprimendas, sem o devido apreço as garantias e direitos fundamentais.

Essa expansão encontra-se muito presente na política criminal brasileira, realizada na maioria das vezes sem critérios idôneos, sendo apresentada como a única solução para diversos males sociais, como a insegurança e a violência.

Questiona-se essa expansão indiscriminada, se a criação de tipos penais e a majoração de penas são soluções para os problemas sociais vivenciados atualmente, a sua compatibilidade com um Estado Democrático de Direito e se o Estado possui estrutura e instrumentos para suportá-la.

Portanto, o presente trabalho se propõe a analisar essa expansão indiscriminada do direito penal, tendo como âmbito de análise o ordenamento jurídico brasileiro e os fatos sociais ocorridos em nosso território, demonstrando os principais fatores que impulsionam a inflação penal, os motivos pelos quais ela é ineficaz, bem como as suas consequências e a importância de existir um direito penal equilibrado.

O estudo dessa inflação penal com maior grau de detalhamento é de suma importância para que se verifique até que ponto o alargamento penal é aceitável, estabelecer os limites para essa expansão, visto que esta não pode ser irracional, pois, deste modo, acaba descaracterizando o direito penal, bem como mitigando diversos princípios basilares do arcabouço penal.

Outro ponto que será abordado concerne na apuração da capacidade da máquina estatal para suportar essa dilatação do direito penal, se possui os instrumentos e a estrutura suficiente para tanto, bem como os efeitos gerados por esta situação.

Serão analisadas as consequências geradas pela expansão do direito penal, para examinar no que ela é ineficaz, além

de estabelecer quais são os prejuízos causados, visando a fixação de alguns parâmetros, obtenção de conclusões satisfatórias e apresentação de algumas soluções alternativas para uma real contenção da criminalidade.

2 A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Os meios de comunicação cumprem uma função essencial para um Estado democrático de direito, consistente em permitir o acesso à informação ao maior número de pessoas.

Entretanto, a atuação da mídia, quando realizada de maneira leviana, vem trazendo diversos efeitos negativos, máxime no que se refere ao direito penal, pois introduz na população um sentimento de risco extremo e da necessidade imediata de uma aplicação mais rigorosa da esfera criminal, passando a pressionar os legisladores a tomar providencias nesse sentido.

Diariamente inflama a sociedade com um bombardeio de notícias a respeito de uma infinidade de crimes cometidos. Diversos são os programas destinados a mostrar crimes, executar os acusados, sem nenhuma preocupação em apurar o teor das informações que repassam, além da falta do devido respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, chegando até mesmo várias vezes a apoiar a criação da pena de morte, a diminuição da maioria penal, incentivando a população à prática da autotutela através dos linchamentos de supostos criminosos, proferindo dizeres altamente radicais e que incitam a violência como: “bandido bom, é bandido morto”, “menos um, tinham que morrer mais”, entre outros.³

³ Vera Regina Pereira de Andrade, sobre a influência da mídia na seara penal, afirma: “A mídia, construindo seletiva e sensacionalistamente a notícia sobre a criminalidade, cumpre um papel fundamental na construção social do perigo e do medo [...] ela é a mais poderosa agência do controle social informal que, em simbiose com o sistema penal, sustenta o paradigma de guerra. Integra, portanto, o cotidiano dos brasileiros, invadindo suas casas, a informação massiva através de programas televi-

Alguns desses programas do gênero jornalístico-criminal chegam a durar horas e seus apresentadores viram celebridades, indevidamente tornam-se modelos de conduta e justiça, em muitos casos até utilizando esse espaço na mídia como trampolim para adentrar na carreira política.

Esses apresentadores fazem discursos acalorados para mostrar para a população que a insegurança é geral e vivemos em um caos, que o sistema penal atual não é suficiente para conter tal situação, somente um direito penal mais rigoroso, com mais crimes e maiores penas, conseguirá tornar a sociedade segura, pois intimidará aqueles que pensem em cometer tais crimes e castigará de tal maneira os que os cometerem, que estes não cometerão outras vezes, por medo da reprimenda.

No que tange a essa visão equivocada que elege o direito penal como o único mecanismo apto a diminuir a criminalidade e a contribuição da mídia para a expansão penal, Zaffaroni (2012, p.303) aduz o seguinte:

Poder-se-ia dizer que, em paralelo às palavras da academia, há uma nova criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica.

Esses delitos acabam sendo analisados com um teor altamente sensacionalista, quase sempre se distanciando muito do que ocorreu na realidade, passando a sensação de que o crime foi bem mais grave do que realmente foi, com o objetivo precípua de obter audiência, custe o que custar.

Quanto à influência da mídia nesse processo de dilatação do direito penal, Greco (2005, p.16) assim expõe:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a

sivos baseados na espetacularidade da violência (sangue) e da vitimação (lágrimas) individuais, com interlocutores que bradam no ar tanto a ‘vergonha’ da impunidade (‘Isto é uma vergonha’!) dos ‘maus cidadãos’ quanto a apologia da repressão (‘cadeia’) para eles. É o chamado "Movimento de Lei e Ordem". (ANDRADE, 2003, p.144-145).

grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptadas.

Esses “profissionais” são verdadeiros formadores de opinião e na maioria das vezes obtém êxito no seu intento, pois tal pensamento é embutido na população, que muitas vezes por falta de conhecimento específico, de análise crítica e por confiança de que tudo que se diz e se mostra nos meios de comunicação é verdade, acaba por acreditar nisso e clamar pelo punitivismo exacerbado, pelo açoite do direito penal, criando um sentimento de vingança, de revanche, sem se preocupar em nenhum momento com a ressocialização dos presos ou em refletir nas verdadeiras raízes do elevado índice de criminalidade.

Carnelutti (2009, p. 64-65) também critica essa cobertura midiática acerca dos casos criminais:

Assim, o descobrimento do delito, de dolorosa necessidade social, tem-se convertido em uma espécie de esporte. [...]. Cada delito desencadeia uma série de investigações, de conjecturas, de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados, de vigilantes se convertem em vigiados por grupos de voluntários dispostos a assinalar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras. [...] E com frequência, infelizmente, nem sequer os magistrados tentam opor a este frenesi a resistência que requereria o exercício de seu austero ofício. Esta degeneração do processo penal é um dos sintomas mais graves da civilidade em crise.

Observa-se, portanto, que o assédio frenético da mídia não é apenas no momento da investigação criminal, mas acaba refletindo até mesmo na etapa processual, onde principalmente magistrados e jurados são influenciados e pressionados pelos meios de comunicação a condenar os indivíduos a penas mais elevadas do que o necessário.

Os veículos de comunicação, de forma cotidiana, apelam para a comoção, usando de todo o tipo de ferramenta sensacionalista, como por exemplo, a exibição dos familiares da vítima dando seu depoimento, exibindo a dor destes, com a maior carga dramática possível, convidando até mesmo juristas para demonstrar a periculosidade do indivíduo e a necessidade da punição severa.

Em suma, há um clamor midiático voltado para a expansão do direito penal como único meio de restaurar a paz social, acabando por encontrar solo fértil na sociedade, que permite a propagação desse pensamento equivocado.

3 A EXPANSÃO LEGISLATIVA SIMBÓLICA

Tornou-se prática comum dos políticos, principalmente no escopo de obter votos e visando também esconder outros problemas de sua gestão, quando já detentores de mandato, a utilização do direito penal como a solução para todos os problemas, consequentemente dilatando o direito penal.

No que tange ao papel do Estado, mais precisamente dos políticos no crescimento do fenômeno em questão, Rodrigues (2014, p.141) assim dispõe:

Aparentemente, tal tendência expansionista tem como gênese uma espécie de perversidade estatal – perversidade demagógica, que se serve cada vez mais de construções meramente simbólicas do Direito Penal. Por consequência, há de fato, um descuido com as mazelas sociais e com a confecção de normas jurídico-penais racionais, em seu nível de instrumentalidade imprescindível a uma proteção efetiva.

Essa expansão do direito penal é notória, esse fenômeno apresenta um crescimento cada vez mais alarmante e ocorre por meio da criação de novos tipos penais, do aumento das penas já existentes, da diminuição ou relativização de direitos e garantias fundamentais, dentre outras práticas de endurecimento penal.

Um número elevado de matérias passou a ser tutelado

por esse ramo do direito, como forma de passar para a sociedade uma falsa sensação de segurança e que os políticos não estão inertes, então o direito penal passa a ser utilizado majoritariamente na sua face simbólica⁴.

Interessante o posicionamento de Marcelo Neves (1994, p.38-39) acerca dos reflexos gerados pela pressão popular na atividade do legislador e sobre a utilização do direito penal simbólico:

No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas á pressão pública por urna atitude estatal mais drástica contra determinados crimes [...] Também em relação á escalada da criminalidade no Brasil das duas últimas décadas, a discussão em torno de urna legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álbi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor. [...] A legislação-álbi decorre da tentativa de dar a aparência de urna solução dos respectivos problemas sociais ou no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.

Está claro que o problema não consiste na falta de leis, mas na ausência de ações efetivas contra as causas da violência e da criminalidade, não apenas tentar de maneira urgente e inconsequente conter os seus efeitos. Porém, os governantes ao invés de se empenharem em buscar urna solução para a raiz dos problemas, como as mazelas sociais, preferem utilizar o direito penal simbólico, emergencial, sendo esta urna medida mais cômoda, ainda que ineficaz, pois é mais importante passar para

⁴ Roxin apregoa que não significa o legislador (Estado) ao criar urna lei penal não possa atribuir-lhe urn caráter simbólico, buscando através desta norma atuar sobre a consciência política da população, porém, só haverá legitimidade se além desse simbolismo for constatada a sua necessidade para a convivência pacífica da sociedade, o que aponta como ilegítimo e inadmissível em urn estado democrático de direito é esse simbolismo ser seu único objetivo, a única função do dispositivo confeccionado, nisto consiste a ilegitimidade. (ROXIN, 2006. p.47).

a população a imagem de que está trabalhando firme na resolução das questões problemáticas do que realmente buscar resolvê-las. Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2006, p.18) dispõe que:

É mais fácil seguir no caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionadas e presídios superlotados, do que realmente combater a criminalidade. Legislar é fácil e a diarreia legislativa brasileira é prova inequívoca disso.

É inegável o despreparo da maior parte dos legisladores brasileiros, estes não conhecem a finalidade e os princípios do direito penal, e quando conhecem, não fazem nenhuma questão de aplicá-los, pois na sua visão, mais interessante do que tentar resolver os problemas na sua origem, na sua causa, o que exige medidas de médio e longo prazo, é preferível tomar medidas imediatas, “jogando para a torcida”, já que ele precisa de uma resposta a curto prazo, que nada mais é do que a aprovação social consubstanciada no voto, elemento necessário a sua tão desejada perpetuação no poder.

Roxin (2006, p.47), acerca da utilização do direito penal simbólico com aspirações eminentemente eleitorais, assim expõe:

Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas’.

Destarte, o direito penal é deturpado e usado como instrumento para a manutenção no poder, para obtenção de mandatos eletivos.

Na esteira do que pensa Ivan Lira de Carvalho (1997, p.123), conclui-se que o Estado é tão culpado quanto o indivíduo que furta uma carteira, devido ao seu comportamento

omissivo, pela sua inércia, além da convivência com a proliferação das favelas nas adjacências dos centros urbanos, habitados por indivíduos totalmente desamparados, sem acesso ao mínimo existencial que permita viver com dignidade, sem saúde, educação e alimentação.

Esse pensamento é corroborado por Rodrigues (2014, p.77), pois este concebe que a condição social está umbilicalmente ligada a probabilidade de um indivíduo vir a cometer crime, a sua maior propensão a delinquir, visto que quanto melhores as condições socioeconômicas de um indivíduo, mais ele tem a perder e menor a necessidade de se arriscar. Já quando estamos diante de um indivíduo desprovido de recursos, ocorre o contrário, ele não tem quase nada a perder e a sua necessidade de arriscar aumenta bastante, diante da situação em que se encontra o risco é até certo ponto aceitável.

Pode-se dizer que esta conduta dos governantes é metaforicamente como jogar sujeira debaixo do tapete e tentar mostrar uma casa aparente limpa, mas na verdade a sujeira permanece lá e só se acumula. Essa metáfora pode ser muito bem utilizada para explicar o que ocorre no Brasil, pois ocorre utilização do direito penal para maquiagem a indolência dos políticos, enquanto os problemas sociais só aumentam e as leis penais se acumulam aos montes.

4 EXPANSÃO PENAL E A FLEXIBILIZAÇÃO INDEVIDA DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

As normas penais são normas infraconstitucionais e devem respeitar todas as garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição, bem como os princípios norteadores do direito penal, estes funcionam como limites ao poder punitivo estatal, como a legalidade, intervenção mínima, proporcionalidade, entre outros, mas não é isto que está ocorrendo, não vem sendo respeitados nesse processo compulsivo de expansão

indiscriminada do direito penal.

Essa crescente inflação penal realizada de forma irracional, no intuito de fazer com que o Direito penal resolva todos os problemas sociais, como supramencionado, acaba flexibilizando diversos princípios, garantias e direitos fundamentais. Essa afirmação encontra respaldo nos seguintes dizeres de Sánchez (2002, p.69):

A aspiração *naive* (ingênua) de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende antes de mais nada como vítima conduz a uma verdadeira ojeriza em relação a alguns dos elementos característicos do Direito Penal clássico: o trato com valores (a começar com a verdade e a justiça) e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Uns e outros se interpretam como obstáculos, como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente de segurança. Assim, desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras do devido processo legal e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito Penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

A partir dessa colocação, verifica-se que os direitos e garantias individuais, bem como os princípios de direito penal, são encarados pela sociedade como obstáculos para o efetivo alcance da ordem pública, segurança e paz social, nascendo desta visão uma verdadeira antipatia da população quanto a estes preceitos fundamentais, quando na verdade são limites a possíveis arbitrariedades estatais, são garantias do indivíduo face ao Estado.⁵

⁵ Luiz Regis Prado, sobre os princípios penais como limites ao poder punitivo estatal, expõe: “Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.” (PRADO, 2010. p. 129).

É inadmissível em um Estado Democrático de Direito que se venha a erigir a segurança social e a ordem pública como cânones absolutos que se sobreponham aos direitos e garantias individuais, não assistindo a razão, portanto, a essa percepção atual que vê nestes direitos a razão da criminalidade não diminuir.

Sobre essa visão de que direitos e garantias fundamentais são barreiras para a persecução penal, Aury Lopes Jr (2006, p.68) disserta que:

Em definitivo, é importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem. Radicalismos a parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema penal tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais). Considerando que risco, violência e insegurança sempre existirão, é sempre melhor risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo.

A lei de crimes hediondos (8.072/90) é um claro exemplo da pressão social por penas maiores, haja vista derivar inicialmente de um projeto de iniciativa popular, visando a aplicação de um direito penal mais rigoroso a um rol de crimes, no qual o legislador cedeu e estabeleceu sanções exacerbadas, sem respeitar direitos e garantias fundamentais, inclusive retirando ou dificultando a possibilidade dos condenados por tais crimes de conseguirem obter alguns benefícios, como por exemplo, não poderia ser concedida a liberdade provisória, a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, entre outras medidas bastante gravosas, porém o legislador reparou parcialmente o erro, ainda que muito tempo depois da promulgação da lei, estas disposições citadas foram revogadas.

Mesmo assim, trata-se de uma demonstração da veracidade do círculo vicioso da expansão do direito penal, qual seja, a mídia instigando a sociedade, que por sua vez sente-se num estado de risco demasiado e passa a clamar junto ao poder público a edição de normas penais mais rígidas, o que prontamen-

te é atendido pelos legisladores, que confeccionam leis penais sem a devida observância dos limites do poder punitivo estatal, na ânsia de dar uma resposta imediata ao pleito.

Nesse sentido, vemos que politicamente a sociedade brasileira não avançou muito, pois segundo Junqueira (2011, p.32), a consciência política de uma sociedade é verificável facilmente ao se analisar o seu sistema penal, se ele é muito rigoroso e sobrecarregado, como no caso do Brasil, significa que ainda há muito a caminhar na busca da democracia.

Uma das maiores críticas que se faz a essa expansão demasiada do direito penal é baseada na inobservância do princípio da intervenção mínima. Conforme os ensinamentos de Greco (2005, p.71), o direito penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários a vida em sociedade naquele dado momento (fragmentariedade), deve interferir o mínimo possível na vida em sociedade, só deve tutelar aqueles bens que os outros ramos do direito não tenham a capacidade suficiente de proteger (subsidiariedade).

Não é que o direito penal não possa se expandir, visto que as sociedades mudam e conseqüentemente novos bens jurídicos ingressam nessa categoria dos mais importantes para o convívio social, como por exemplo, bens ligados a tecnologias relativamente novas, como as condutas ligadas ao ambiente virtual, dentre outras, que gradativamente ganharam importância a tal ponto de merecerem a tutela penal. O que se contesta é a expansão indiscriminada, a banalização da tutela penal, o desrespeito ao caráter fragmentário do direito penal, a utilização apenas da sua face simbólica.

Além disto, se questiona a permanência do ordenamento jurídico brasileiro de diversas leis penais que tutelam bens jurídicos que não demonstram mais a realidade da atual sociedade, não se fazendo mais necessárias, tornando o direito penal extremamente saturado. Essa manutenção de normas obsoletas só agrava o processo de expansão do direito penal, visto que

novas leis penais são criadas para supostamente resolver os problemas da atual sociedade, entretanto, as normas e dispositivos legais penais que se encontram anacrônicos não são retirados do nosso ordenamento, sobrecarregando-o, dificultando a efetividade da persecução penal, pois o sistema penal fica desequilibrado, carecendo de coesão e instrumentalidade⁶.

Ocorre que diversas matérias e condutas que poderiam indiscutivelmente ser tuteladas por outros ramos do direito são erroneamente protegidas pelo ramo penal, esfera esta que acaba por ser demasiadamente sobrecarregada. Uma dessas matérias é a de caráter econômico, pois se entende que poderia muito bem em vários casos ser acolhida somente pelo direito civil ou administrativo, tais ramos demonstram ser totalmente aptos para esta missão, ou seja, a intervenção penal poderia ser evitada, pois esta só deve ser exercida em último caso, e não como primeira e única alternativa como vê-se constantemente, sob o pretexto de trazer a paz social e a ordem pública.

O Estado nesse objetivo de passar sensação de segurança e a ordem pública acaba frequentemente adentrando indevidamente na vida dos cidadãos, retirando destes o pleno exercício de suas liberdades e convicções, direito este assegurado constitucionalmente.

Outro ponto que merece destaque é o desrespeito ao

⁶ CABETTE e NAHUR, sobre a dificuldade de se lidar com um sistema penal cujas leis se proliferam sem controle e são incongruentes, afirma que: [...] quando ele se agiganta ao ponto de que os próprios operadores do Direito, que nele militam em seu dia a dia, já não enxergam com nitidez os traços do caminho reto, esse Direito Penal cerceia a liberdade de ação das pessoas de forma por demais intensa e irracional. *Afinal, quem pode afirmar com absoluta segurança (jurista ou leigo), que domina e conhece a imensidão de normas incriminadoras vigentes? Jogar um objeto por uma janela, ainda que sem atingir ninguém, pode configurar uma contravenção; vender uma rifa também; preencher com dados irreais a Carteira de Trabalho de seu empregado pode ser crime etc. (grifo inserto).* (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Teoria pura e mínima do direito penal*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937325/teoria-pura-e-minima-do-direito-penal>>. Acesso em: 12/07/2016).

princípio da proporcionalidade, sobre o qual segue importante explanação de Bitencourt (2007, p. 26):

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior á das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além, de respeita-los, deve garanti-los.

Sendo assim, a pena aplicada deve ser equivalente aos danos causados ao bem jurídico tutelado na norma penal, nem branda demais, tampouco excessiva, além disso, deve ser adequada e necessária⁷.

Nessa tendência expansionista, a quase todo delito se estabelece uma pena restritiva de liberdade, mas para justificar a perda de um dos direitos mais preciosos do homem, que é a liberdade, o bem protegido deve ser tão valioso quanto, e como diz Beccaria (2006, p.119), para não ser uma violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, a pena cominada deve ser necessária, a mínima dentre as possíveis, proporcional ao delito.

Ocorre que o nosso legislador está cominando penas cada vez maiores para as infrações penais, muitas vezes não aplicando a proporcionalidade quando da sua atividade legiferante, criando no ordenamento penas bem mais gravosas do que a lesão causada ao bem em questão, quando isso ocorre a pena excedente não passa de uma crueldade estatal, de uma arbitrariedade.

Ivan Lira de Carvalho (1997, p.124-125) adverte que o

⁷ Em importante análise da aplicação do princípio da proporcionalidade no direito penal, Paulo Queiroz ensina que o princípio da proporcionalidade não se exaure apenas na proporcionalidade em sentido estrito, isto é, na equivalência entre pena e gravidade do dano, mas possui outros dois subprincípios: a necessidade e a adequação, somente quando todos estes estão preenchidos é que a intervenção do Estado através da pena se legitima [...]. (QUEIROZ, 2008, p.46-47).

crime de bigamia, por exemplo, já deveria ter sido retirado da seara da proteção penal, haja vista na maior parte dos ordenamentos jurídicos dos outros países ser matéria tratada pelo direito civil.

Ainda que se considere a bigamia como merecedora da tutela penal, fica evidente a desproporcionalidade do preceito secundário cominado, isto é, reclusão de 2 a 6 anos, se comparado, por exemplo, com a lesão corporal grave, que tem pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Além dos citados princípios, cabe mencionar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, do qual decorrem inúmeros outros princípios, direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o direito penal deve ser voltado para a garantia que todos possam viver em sociedade, permitindo que o indivíduo possa exercer sua autodeterminação, ter sua individualidade resguardada, não só quanto à intromissão de outros indivíduos, como no que tange a interferência estatal, visto que as políticas criminais devem ter como vetores os valores inerentes a dignidade humana, só assim o direito penal atingirá a sua função mais nobre, que é o de permitir a convivência dos homens em sociedade da forma mais harmônica possível.

Nucci (2011, p.85) aduz que o direito penal está claramente ligado ao princípio da humanidade, visto que deve basear na benevolência, na garantia do bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas.

Entretanto, é exatamente assim que os indivíduos que cometem um crime são tratados, são estigmatizados pela sociedade e jogados no cárcere, que na maioria das vezes não oferece o mínimo de condições dignas para o indivíduo, violando o direito do indivíduo a dignidade, pois a pena é restritiva de

liberdade, jamais pode ser privativa do mínimo existencial⁸.

Correlacionando a tendência de expansão do direito penal como forma de reprimir o crime e a mitigação do princípio da dignidade humana, assim expõe Walter Nunes da Silva Júnior (2005, p. 374-375):

Ademais, no instante em que explicitamente se coloca a dignidade humana como um princípio fundamental da democracia brasileira, esse preceito serve para afastar qualquer discurso jurídico tendente a justificar um tratamento mais rigoroso, desfocado dos valores imanescentes a esse enunciado, a quem pratica o crime, ainda que se queira, com isso, fazer acreditar que se seja a única forma possível descobrir a verdade ou mesmo punir o agente com a sanção adequada à conduta anti-social.

Partindo desse ensinamento, extrai-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio que não se pode mitigar (em regra), muito menos sob o frágil argumento de reprimir a violência e trazer uma punição erroneamente propagada como adequada.

Não pode prosperar a tese de que para defender a coletividade e garantir a persecução penal se podem restringir os direitos e garantias fundamentais de um indivíduo, supostamente criminoso, a supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio de direito administrativo, porém o que se vê é uma tentativa de utilizá-lo também no que tange ao direito penal, quando na verdade o que deveria prevalecer na esfera penal seria a prevalência dos direitos do indivíduo frente ao Estado, como forma de proteção contra as arbitrariedades, como limite ao poder punitivo.

Diante disto, verifica-se que a expansão indiscriminada do direito penal, como vem ocorrendo, flexibiliza indevida-

⁸ Salo de Carvalho considera que todas as pessoas, até mesmo as que cometeram crimes, merecem ter respeitadas as mínimas condições de dignidade, sendo o garantismo penal a ferramenta de proteção de todos, pois tem como escopo a minimização do poder punitivo estatal e a máxima liberdade dos indivíduos, posição a qual o presente trabalho se coaduna. (CARVALHO, 2008, p. 94).

mente os direitos e garantias individuais, além disto, afronta alguns dos princípios basilares do direito penal, acabando por desnaturá-lo, desviando-o das funções que deveria atender num Estado Democrático de Direito.⁹

5 A INEFICÁCIA DA EXPANSÃO INDISCRIMINADA DO DIREITO PENAL

5.1 IMPUNIDADE, SOBRECARGA DE DEMANDAS E O DESCRÉDITO DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA PERSECUÇÃO PENAL

Primeiramente, mister se faz a conceituação de eficácia, que conforme José dos Santos Carvalho Filho (2014, p.33), em breve síntese, consiste na utilização dos instrumentos adequados para chegar-se ao resultado pretendido, para conseguir ter êxito naquilo que se busca.

Sendo assim, a expansão indiscriminada do direito penal não é eficaz na missão que indevidamente lhe foi dada, isto é, a redução da criminalidade, visto que a criação de novos delitos e majoração das penas já existentes, ao passar dos anos, não trouxe impactos positivos na diminuição da violência, no aumento da segurança pública, tampouco na resolução de outros problemas sociais a que se propõem, pelo contrário, traz consequências prejudiciais como: a impunidade, o engessamento dos órgãos responsáveis pela persecução penal e seu descrédito, bem como uma superpopulação carcerária e a retro-

⁹ Salo de Carvalho sobre o processo de transgressão aos princípios penais em decorrência da expansão do direito penal explicita que: “Os modelos jurídico-penais contemporâneos, ao violarem os princípios expostos, potencializaram sistemas cuja principal característica é a inflação penal. Desta forma, ofuscaram os limites entre a esfera do ilícito penal e a esfera do ilícito administrativo, e até mesmo do ilícito, transformando o direito penal em uma fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, subtraindo-lhe a sua função simbólica de intervenção extrema contra as ofensas mais graves e oferecendo, por isso, o melhor terreno de cultura à corrupção e ao arbítrio”. (CARVALHO, 2008, p. 92).

alimentação da criminalidade.

Como já foi dito, a hipertrofia do direito penal trata-se de um fenômeno no qual o Estado se utiliza do direito penal demagogicamente, através de seu aspecto simbólico, se esquivando de atuar na raiz dos problemas, deixando de investir na diminuição da desigualdade social, na educação, entre outros, o que só agrava as adversidades já encontradas.

Corroborando a ideia da ineficácia da expansão penal na diminuição da criminalidade, assim dispõe Galvão (2010, p. 38):

Será que aumentar as penas diminui a criminalidade? Sinceramente, acreditamos que não. Criminoso não consulta o Código Penal antes de praticar o crime. O que de fato resolve e a certeza da sanção imposta. Não temos mais que mudar as leis; temos simplesmente que cumpri-las. Aumentar as penas não soluciona o problema, na medida em que, se ela não tem condições de ser cumprida, cria-se uma sensação de impunidade e banaliza-se o Direito Penal. O direito passa a ser simbólico. Cesare Beccaria já dizia no século XVIII que: ‘um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade’.

Em suma, não é a severidade da pena em abstrato que impede alguém de cometer um delito, mas a certeza de sua aplicação. O comportamento da sociedade é baseado na cultura humana. Na medida em que as pessoas percebem a impunidade dos delitos, corre-se o risco de criar a mentalidade popular de que o crime compensa, já que nada acontece ao criminoso.

É notório que aumentar as penas não faz o indivíduo hesitar em cometer crimes, pois não adianta as infrações penais terem penas privativas de liberdade elevadas se há uma grande possibilidade de não vir a ser punido, essa impunidade é um incentivo ao cometimento de crimes, pois no Brasil, devido a quantidade exacerbada de tipos penais não é possível que os órgãos responsáveis pela persecução penal consigam suprir essa demanda, ou seja, a persecução penal fica engessada, não conseguindo elucidar a maioria dos casos.

O Poder Judiciário, por exemplo, diante de tantos casos,

tantos processos, que ultrapassam sua capacidade de apreciação, acaba por deixar muitas pessoas que estão presas por meses esperando pelo julgamento, às vezes até anos, ficando indevidamente presos.

Outro problema é o da prescrição, diante de tantos casos que os órgãos criminais têm que lidar, ocorre muitas vezes a prescrição penal, retrato disso é que conforme Brigídio (2013), o CNJ realizou um levantamento no qual constatou que só em 2010 e 2011 quase 3 mil processos penais por corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa, foram atingidos pela prescrição, o número é mais assustador ainda quando se verifica que 13 dos 27 Tribunais de Justiça não forneceram seus números, ou seja, o número é na realidade muito maior.

Como o princípio da intervenção mínima no Brasil, no que tange a atividade legiferante, não passa de uma fábula, existe em nosso ordenamento uma infinidade de leis penais e conseqüentemente de tipos penais. Diante dessa quantidade excessiva de delitos, muitos deles supérfluos, a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, tem que dividir atenção entre todos eles, acabando por resultar na prisão de indivíduos que não deveriam estar presos, pois cometeram infrações que em uma visão mais razoável não deveriam ser objetos da tutela penal, em consequência disto, acabam deixando de investigar e elucidar casos de crimes que são verdadeiramente importantes e merecedores da tutela penal.¹⁰

¹⁰ CABETTE e NAHUR, acerca dessa impossibilidade do Estado de suprir com toda demanda de tutela penal que vem sendo imposta nas últimas décadas, devido a existência exagerada de atos que não deveriam ser ilícitos penais, deixando clara a necessidade de um direito penal mínimo, assim assevera: “Perde a sociedade na medida em que recursos materiais e humanos são despendidos desnecessariamente. Pardais estão sendo mortos a tiros de canhão, enquanto há dragões a serem combatidos. Perde o indivíduo, que é submetido desnecessariamente ao calvário das solenidades e rótulos do Sistema Penal”. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Teoria pura e mínima do direito penal*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937325/teoria-pura-e-minima-do-direito-penal>>. Acesso em: 12/07/2016).

Segundo Melo (2011), existem estudos que indicam que no Brasil para cada 100 crimes cometidos apenas um é punido, denominando-se de cifra negra esse número de crimes cometidos que não são apurados.

Conclui-se então que na prática a expansão indiscriminada do direito penal não contribui para a diminuição da criminalidade e para o aumento da segurança, muito pelo contrário, faz com que as instituições responsáveis pela persecução penal percam tempo e recursos investigando infrações que não deveriam estar na esfera penal e conseqüentemente levando estes indivíduos indevidamente ao cárcere, quando na verdade deveriam estar cuidando dos casos que realmente precisam da proteção do direito penal, que acabam na maioria das vezes não sendo sequer investigados, muito menos resolvidos.

Salo de Carvalho (2008, p. 80-81) tem entendimento convergente ao posicionamento ora exposto, isto é, acerca dos reflexos negativos dessa profusão de leis penais, enxergando essa expansão penal endêmica como entrave a um bom funcionamento do sistema penal, acabando por obstruí-lo, pois considera que:

Quando o sistema punitivo se amplia para alcançar condutas cuja matriz genealógica não reconhece (o que aconteceu durante o século XX), há o comprometimento de toda sua funcionalidade original (resolução de conflitos interindividuais).

Diante dessa sobrecarga de casos a serem tratados pelo direito penal, em grande parte como resultado da contínua inflação penal, torna-se impossível o Estado, através dos órgãos competentes, conseguirem tratar de todos os casos, na verdade, só consegue dar atenção a uma minoria, pois, por exemplo, no crime de homicídio, que é o crime por excelência, visto que tutela o bem jurídico mais precioso, a vida, segundo Menezes e Leutz (2014), dos casos de homicídios investigados apenas de 5% a 8% são punidos, baseado-se em estimativa da Associação Brasileira de Criminalística e outras entidades que apontam nesse sentido, o que denota a dificuldade do Estado de elucidar

os casos diante da excessiva demanda que é imposta.

Em suma, o direito penal vem se expandindo numa velocidade que a estrutura estatal voltada a persecução penal não consegue acompanhar, logo há um grande índice de impunidade, que é um fator de incentivo ao cometimento de novos delitos, passando para a sociedade uma sensação de descrédito e de desconfiança para com as instituições de combate ao crime, pois conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015), apenas aproximadamente um terço da população confia na polícia e no judiciário, ou seja, estão em descrédito junto a sociedade, mal sabe esta mesma sociedade que é justamente esse clamor por mais Direito Penal e a consequente expansão penal que acaba tornando a missão destes órgãos cada vez mais difícil, pois diante das condições que se encontram, mesmo que eles realizem o seu papel da melhor forma possível, diante dessa tarefa desmensurada é impossível chegar ao êxito.

5.2 SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E RETROALIMENTAÇÃO DA CRIMINALIDADE

Além de não trazer efeitos sociais positivos, a exacerbada atividade repressora do Estado provocou um aumento da taxa de encarceramento, que vem crescendo de forma sistemática sem que os estabelecimentos prisionais tenham condições de absorvê-la.

As penas privativas de liberdade vêm sendo cominadas de modo exagerado para varias infrações, quando na verdade deveria ser a última opção de sanção a ser aplicada, passa a ser a principal e mais comum, estipuladas sem apreço a observação dos critérios de necessidade e proporcionalidade, sendo fixadas em patamares elevados, retirando ou dificultando, aos indivíduos que por ventura cometê-las, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos ou multa, a concessão de benefícios como a suspensão condicional

do processo, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, postergando uma eventual progressão de regime, o que faz com que ele permaneça no cárcere, quando deveria estar fora, não fosse a política criminal da expansão penal, sob o argumento de dar uma resposta a sociedade.¹¹

Sendo assim, esse processo de expansão do direito penal é diretamente responsável pela absurda quantidade de pessoas encarceradas, que segundo o Departamento Penitenciário Nacional (2014), o Brasil atingiu a marca de 607.731 presos, quando só existem 376.669 vagas, ou seja, há um déficit de vagas de 231.062 vagas no sistema penitenciário brasileiro, com uma taxa de aprisionamento de quase 300 presos para cada 100.000 habitantes.

Complementando esses números, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015), verificou que entre 1999 e 2014 o número de detentos no Brasil cresceu 213,1%, além disto, revelou que seguindo nesse ritmo em 2030 teremos quase 2 milhões de adultos encarcerados e seria necessária a criação de 5.780 novas unidades prisionais.

Imagine se a tendência de hiperinflação penal continuar crescendo e, por exemplo, o legislativo aprovar a tão famigerada redução da maioria penal, o Estado terá meios e ferramentas suficientes para lidar com a situação, tendo em vista que hoje é incapaz disto?

A resposta só pode ser negativa, a situação atual já é caótica, tanto no aspecto de falta de estrutura do Estado para comportar tamanha exigência, quanto no que tange aos gastos estratosféricos despendidos no sistema penitenciário, agravado pela crise econômica que o Brasil se encontra imerso, visto que

¹¹ Roxin afirma que as sentenças e os sistemas penitenciários por melhores que possam ser, carecem de sentido, se em decorrência da legislação atual, lhes são submetidos homens sobre os quais pesam indevidamente o rotulo de criminoso, justamente o que ocorre no sistema penal brasileiro, que deixa no cárcere indivíduos que não deveriam estar lá, tudo em nome de uma política criminal desprovida de racionalidade. (ROXIN, 1986).

o gasto anual do sistema penitenciário passa de 12 bilhões de reais e os Estados não estão conseguindo suportar essas despesas, só o Estado de São Paulo tem um orçamento de 4,2 bilhões, resultado de um modelo penal ineficiente que abarrotava presídios e intensifica as desigualdades, além de não respeitar a dignidade dos custodiados.¹²

Outro fator que contribui para o caos do sistema penitenciário é o não cumprimento do Estado, com raras exceções, do caráter ressocializador da pena, da recuperação do indivíduo enquanto pessoa, tarefa esta que é muito dificultada pela falta de estrutura e pelo excesso de encarcerados.

Conforme explica Nucci (2011, p.414-416), os condenados, em regra, são jogados num ambiente totalmente insalubre, sem nenhuma oportunidade de estudo ou trabalho. Sendo assim, o encarcerado torna-se uma presa fácil para as organizações criminosas, diante da omissão do Estado em cumprir o seu papel no que se refere ao oferecimento de condições para que o indivíduo gradativamente se prepare para o retorno ao convívio social, o que recebe é o descaso, a submissão a uma situação humilhante e que só faz gerar o sentimento de revolta nesse encarcerado, que acaba encontrando nas organizações criminosas o único respaldo para fugir da situação de inércia e abandono na qual se encontra.

A prisão passa a ser uma escola da criminalidade, ao invés de recuperar o indivíduo e fazer com que não cometa mais crimes, acaba por fazê-lo adentrar de vez no mundo do crime.

A expansão indiscriminada do direito penal impulsiona um processo que se perpetua, pois o sistema penitenciário se

¹² Conforme Renato Campos Pinto de Vitto, diretor geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em entrevista dada á revista eletrônica Consultor jurídico (ConJur). (GALLI, Marcelo. *Entrevista com Renato Campos Pinto de Vitto*. 23 dez. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-27/entrevista-renato-pinto-vitto-diretor-geral-depen>>. Acesso em: 05 jun. 2016).

encontra saturado e cada vez mais indivíduos são condenados a pena privativa de liberdade e mais tempo passam no cárcere, agravando uma situação que já é caótica.

Tal afirmação encontra respaldo nos seguintes dizeres de Bianchini e Gomes (2002, p. 161):

A consequência última de todo o estrangulamento do Direito penal tradicional, que é processo que está se agravando enormemente a cada dia nesta era de globalização, não poderia ser outra senão a brutal superpopulação carcerária, que não se ressocializa nos presídios, ao contrário, piora, dando ensejo com isso a um potente processo retroalimentação da criminalidade.

Sendo assim, geralmente não há por parte do Estado oferecimento de mecanismos de ressocialização, muitas vezes o indivíduo acaba sendo atraído para as organizações criminosas, se profissionalizando no crime e reincidindo.

Quando o indivíduo se arrepende, não ingressa em nenhuma organização criminosa e sai do cárcere querendo mudar a sua vida, ocorre que encontra uma sociedade que não está pronta para recebê-lo, acaba sendo vítima de preconceitos e as oportunidades lhe são sumariamente retiradas.

Nessa mesma direção Baratta (2002, p. 187) explica que:

O cuidado crescente que a sociedade punitiva dispensa ao encarcerado depois do fim da detenção, continuando a seguir sua existência de mil modos visíveis e invisíveis. Poderia ser interpretado como a vontade de perpetuar, com a assistência, aquele estigma que a pena tornou indelével no indivíduo.

Diante destas portas fechadas que encontram, a alternativa mais comum dos egressos do sistema penitenciário é voltar a delinquir e fatalmente acabam voltando ao cárcere ou ficam desempregados e recebendo auxílios de programas sociais do Estado. Assim, o Estado continuará tendo gastos com essa pessoa, seja custeando benefícios assistenciais, seja com os gastos da sua manutenção na prisão. É um prejuízo dobrado, pois esse indivíduo passa a ser um passivo para os cofres públicos,

quando na verdade deveria estar sendo produtivo e gerando riquezas com o seu trabalho, o que é algo lamentável, principalmente no período de crise econômica que vivemos no Brasil atualmente, onde o dinheiro público deve ser gasto da melhor forma possível, buscando uma otimização do orçamento.

6 SUGESTÕES DE MEDIDAS POTENCIALMENTE MAIS EFICAZES NO COMBATE A CRIMINALIDADE

6.1 INVESTIMENTOS NA REDUÇÃO DAS MAZELAS SOCIAIS

Já demonstrado que expandir o direito penal não resolve os problemas da criminalidade, insegurança e violência, passa a se analisar algumas medidas que possivelmente se implementadas seriam mais idôneas a combatê-los, quais sejam: a realização de investimentos na redução das mazelas sociais, redução no número de leis penais, a otimização dos gastos com a execução penal e a aplicação do direito penal de duas velocidades.

É comprovado que a falta de acesso a condições dignas de vida é diretamente proporcional às chances de um indivíduo vir a cometer um crime. Sendo assim, quanto menores as condições socioeconômicas de um indivíduo maior a probabilidade dele vir a delinquir, haja vista que quem tem pouco, quase nada tem a perder e diante da falta de oportunidades de ascensão social pelas vias lícitas, o crime se torna uma opção “viável”, ao se analisar o risco-proveito do seu cometimento. Nesse sentido, segue a pertinente visão de Rodrigues (2014, p. 46):

Assim, as mazelas sociais que persistem, mesmo em menor gravidade, repercutem na sociedade com o incremento de conflitos diuturnos, algumas vezes materializados no crime. Os indivíduos reagem ao contexto social degradado e desigual na medida da sua desigualdade a fim de satisfazer seus anseios individuais conforme os meios lícitos ou –na ausência destes – ilícitos disponíveis.

Tal afirmação encontra respaldo quando segundo Sardinha (2012) existe um estudo da revista britânica *The Economist* em que se verificou que 95% dos criminosos no Brasil são pobres.

Além disso, o Departamento Penitenciário Nacional (2014) aponta que cerca de 60% dos crimes cometidos se resumem a 3 tipos penais: furto, roubo e tráfico de entorpecentes, delitos estes eminentemente praticados por pessoas das classes mais desfavorecidas.

O principal investimento a ser feito é na educação, pois segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015), cerca de 67,5% dos presos no Brasil não possuem o ensino fundamental completo e aproximadamente 91% não possuem o ensino médio completo. É óbvio que não é coincidência, a educação tem papel fundamental na repressão ao crime.

Ratificando a importância dos investimentos sociais no combate a criminalidade Nils Christien (2002, p. 159) assevera:

A alternativa para as condições de guerra e para ao encarceramento em massa é, evidentemente dar a essas populações uma fatia adequada da sociedade normal – educação, emprego e participação política e cultural. O atual uso do encarceramento em massa bloqueia o caminho para tais conquistas.

Sendo assim, enquanto essa situação perdurar, isto é, o Estado continuar se “esquecendo” de atuar no combate as mazelas sociais e buscar reduzir a criminalidade unicamente por através do direito penal, a situação só tende a piorar, cada vez mais pessoas irão ao cárcere nesse processo danoso que se retroalimenta, gerando grande impacto nas despesas públicas.

6.2 REDUÇÃO NO NÚMERO DE LEIS PENAIIS

Um dos passos que se deve tomar para combater efetivamente o crime vai na contramão da atual tendência expansionista do direito penal, pois consiste na necessidade de uma imediata supressão de tipos penais que são descabidos, isto é,

aqueles que tutelam situações que não deveriam ser compreendidas na esfera de proteção penal, cuja tipificação é proveniente desse processo gradativo de desnaturação do direito penal clássico, acabando por tornar o conceito de crime um cheque em branco nas mãos dos legisladores, conforme diz Nils Christie (2002, p.16): “O crime é muito e nada. Crime é um conceito livre para manobras. O desafio é entender seu uso nos vários sistemas e, por intermédio desse entendimento, ser capaz de avaliar seu uso e quem o usa”.

A minoração no número de delitos é uma das medidas que vai permitir a diminuição da criminalidade, pois só assim o Estado poderá efetivamente realizar a persecução penal completa, visto que não terá que se ocupar com infrações de potencial demasiadamente pequeno para adentrar no campo criminal, para as quais existe a total capacidade de tutela satisfatória por outros ramos do direito.

Dessa forma, Ivan Lira de Carvalho (1997, p.124) afirma que:

A primeira das colaborações que pode ser emprestada na tentativa de encurtar o espectro da violência, por paradoxal que possa parecer, reside na sua própria retração. É o caso de ser mais útil o Direito Penal estando ausente de certos fenômenos sociais e comportamentais, do que efetivamente emprestando o seu concurso.

Com isso, retirar-se-á do direito penal a já citada sobrecarga que impede a sua eficácia na prática, voltará a ter credibilidade, pois a população verá na prática os crimes sendo investigados, processados e punidos, passando a se sentir mais segura e confiante nas instituições que cuidam da persecução penal.

Além disso, afastada estará em muito a impunidade, pois como diz Beccaria (2006), é a certeza da punição que afasta o individuo da delinquência, que o faz pensar duas vezes antes de cometer o crime, o faz hesitar diante da provável punição que o Estado lhe aplicará, porquanto não é o tamanho da pena que amedronta aqueles que cogitam cometer uma infra-

ção, mas sim a certeza da imposição da sanção.

Outra consequência desse enxugamento do ordenamento jurídico-penal é a diminuição dos processos, logo o judiciário poderá julgar com mais celeridade e evitar com que ocorram os fenômenos da prescrição e da prisão provisória por tempo indevido.

Sendo assim, menos pessoas entrarão no cárcere e mais pessoas sairão, gradativamente resolvendo o problema da superpopulação carcerária. Logo, estando o sistema penitenciário menos abarrotado, menores serão os gastos, mais fácil será a individualização da execução penal, para melhor recuperar o indivíduo e diminuir sua chance de reincidência.

É importante frisar que este trabalho não defende a abolição do direito penal¹³, tampouco o hiperpunitivismo, mas sim o seu uso racional e equilibrado, um direito penal mínimo, sob uma perspectiva garantista¹⁴, ou seja, reduzido a um núcleo essencial de comportamentos que merecem a tutela penal, somente nos casos em que estritamente necessário para garantir o convívio pacífico da sociedade, rechaçando o acúmulo de dispositivos penais anacrônicos e desnecessários que só prejudicam o funcionamento do sistema penal, como exposto anteriormente, bem como buscando o mínimo de violência punitiva e

¹³ “É preciso ter consciência de que vivemos em uma sociedade que é formada de homens dotados de vícios e virtudes. Não somos uma comunidade de deuses ou santos. Dessa forma, o Sistema Penal é um “mal necessário”. É melhor viver em um mundo no qual excepcionalmente se imponha um mal (pena) àquele que pratica um mal (crime), do que em um outro mundo no qual o mal seja praticado inevitável, impune e descontroladamente”. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Teoria pura e mínima do direito penal*. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937325/teoria-pura-e-minima-do-direito-penal>>. Acesso em: 12/07/2016).

¹⁴ “Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito a sua verdade”. (FERRAJOLI, 2002, p.271).

a máxima tutela dos direitos individuais, das liberdades.

Para afastar aplicação do direito penal máximo é importante rememorar que o direito penal é o mecanismo pelo qual o Estado busca resolver os conflitos interindividuais que atingem bens jurídicos essenciais ao convívio social e para os quais outros ramos do direito não se demonstram aptos a protegerem satisfatoriamente, portanto, o Estado monopolizou a tarefa de resolver esses conflitos na busca de evitar a prática da autotutela, na qual impera a vontade apenas do mais forte, sendo assim, não é admissível que o direito penal cause um sofrimento maior ao infrator do que este sofreria caso o poder punitivo estatal não existisse.

Tão prejudicial quanto o direito penal máximo, seria a eventual abolição do direito penal, pois implicaria regredir a um passado marcado pela sujeição dos indivíduos ao desejo do mais forte e pela vingança privada. Já o direito penal máximo é marcado pela violência excessiva institucionalizada e que se esconde por meio de uma legalidade degenerada, ambos (abolicionismo e direito penal máximo) representam medidas extremas e que limitam demasiadamente a liberdade dos indivíduos.

6.3 REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA E OTIMIZAÇÃO DOS GASTOS COM A EXECUÇÃO PENAL

Diante do vultoso gasto com o sistema penitenciário e da precária estrutura de execução penal, que raramente consegue ressocializar o indivíduo, o que gera a reincidência no crime, existe uma necessidade de se maximizar a eficácia desses investimentos, direcionando sua aplicação de modo a ser mais efetiva na recuperação das pessoas que estão no cárcere, visan-

do a otimização da execução penal.¹⁵

É interessante frisar que segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015), a partir de dados referentes ao ano de 2014, cerca de 70% dos condenados cumprem pena no regime fechado, 25% no semiaberto e apenas 5% no regime aberto. Esse alto número de presos cumprindo pena em regime fechado é extremamente oneroso para o Estado, visto que é o regime mais dispendioso para os cofres públicos.

Diante disso surge a interessante sugestão de Rodrigues (2014), que apregoa um maior investimento no regime semiaberto de cumprimento de pena, por apresenta maior custo-benefício, pois é comprovadamente mais barato, além de contar com um caráter ressocializador, permitindo que este aprenda e desenvolva uma atividade laboral, sendo uma espécie de estágio intermediário entre o cárcere e o retorno ao convívio social, sendo um potente mecanismo de eliminação do ócio do preso, logo dificulta a sua absorção por organizações criminosas e diminui eficazmente a possibilidade de reincidência. Portanto, o individuo deixa de representar apenas um gasto para o Estado, visto que passará a ser produtivo.

6.4 DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES (SILVA SÁNCHEZ)

Sánchez (2002, p.144-147), diante do embate entre a expansão do direito penal e os defensores do direito penal clássico e totalmente garantista, defende a aplicação de um modelo intermediário (Direito penal de duas velocidades), pois discorda desse modelo atual que flexibiliza demasiadamente garanti-

¹⁵ Roxin chama a atenção para a execução penal, pois a considera tão importante quanto a análise do direito penal material, devendo ser voltada para a reintegração do indivíduo na comunidade, pois do modo que o individuo é responsável pelo boa convivência social, a sociedade e o Estado também não podem lhe negar um esforço no sentido de recuperá-lo, não merecendo prosperarem os argumentos contrários a essa obrigação de tentar a ressocialização do apenado. (ROXIN, 2006, p.42-43).

as e direitos fundamentais, mas acredita ser praticamente impossível restaurar o direito penal clássico diante do cenário que encontramos, diante de uma sociedade intervencionista e regulamentadora.

Ele adota a linha de que deve haver uma correlação, uma equivalência, entre os direitos e garantias a serem observadas e a gravidade das consequências jurídicas (sanções) que podem advir daquela imputação.

Sendo assim, quanto mais rigorosa puder ser a sanção para determinada infração que é imputada ao indivíduo, maiores as garantias que devem ser dadas, bem como para as infrações cujas penas são mais brandas seria possível flexibilizar as garantias, dentro dos limites da proporcionalidade e razoabilidade.

O direito penal de primeira velocidade seria aplicado para as infrações nas quais são cominadas penas privativas de liberdade, não admitindo para estas a flexibilização de direitos e garantias, devendo manter imaculado o direito penal clássico.

Sánchez (2002, p. 139), afirma que: “O problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, mas a expansão das penas privativas de liberdade, esta deve ser contida”. Demonstra, portanto, toda a sua preocupação com a banalização e proliferação das penas restritivas de liberdade cominadas indevidamente para diversas infrações.

O direito penal de segunda velocidade seria aplicado aos delitos cujas sanções cominadas sejam diversas das penas privativas de liberdade, como por exemplo, as restritivas de direitos e as penas pecuniárias, nestas sim se admite certa flexibilização de direitos e garantias, na medida da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista o bem jurídico atingido pela sanção necessitar de menos proteção que a liberdade.

7 CONCLUSÃO

Fica evidente a parcela de contribuição da mídia e dos políticos na constante expansão do direito penal, pois atribuem a este ramo do direito a responsabilidade de resolver todos os problemas sociais, principalmente a questão da segurança e da criminalidade, tal sentimento é refletido na sociedade, que cada vez mais tem sede de direito penal.

No entanto, a dilatação do direito penal, realizada da forma indiscriminada, como ocorre no Brasil, não resolve nenhum problema, pelo contrário, agrava os existentes e gera outros novos, pois através do estudo realizado se extrai que direta ou indiretamente a hipertrofia do direito penal gera uma superpopulação carcerária, gastos elevados com sistema penitenciário, o engessamento dos órgãos responsáveis pela persecução penal, impunidade e descrédito da população perante para com Estado, seus órgãos e agentes.

Existem outras alternativas de combate a criminalidade que são bem potencialmente bem mais eficazes que essa utilização única e exclusiva do direito penal, como é o caso do investimento maciço na redução da desigualdade social, a diminuição das leis penais desnecessárias, melhor gestão dos recursos na execução penal, visando a ressocialização do indivíduo encarcerado e, por fim, a aplicação de um direito penal equilibrado, que admite em certos casos algumas mitigações, mas que afasta por completo o direito penal máximo, conforme Silva Sánches dispõe o direito penal de duas velocidades, sendo a primeira velocidade para as infrações punidas com a privação de liberdade, para as quais permanecem intactas os direitos e garantias fundamentais, ficando a cargo da segunda velocidade as infrações punidas com penas diversas da prisão, nas quais se admite uma mitigação dos direitos e garantias do indivíduo, dentro de limites razoáveis.



REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRIGÍDIO, Carolina. *Levantamento revela cerca de 3 mil processos prescritos em dois anos antes mesmo de serem julgados*. Jornal o Globo. 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/levantamento-revela-cerca-de-3-mil-processos-prescritos-em-dois-anos-antes-mesmo-de-serem-julgados-8121013>>. Acesso em: 02 jun. 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de Carlos Eduardo Travelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *O direito penal como instrumento inibidor da violência*. *Revista de informação legislativa*. Brasília, nº 131. Jul, 1996. p.123-128.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lu-

- men Juris, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CHRISTIE, Nils. *Uma quantidade razoável de crimes*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Brasília, 2014. 148 p.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo, 2015. 156 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GALLI, Marcelo. *Entrevista com Renato Campos Pinto de Vitto*. 23 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-27/entrevista-renato-pinto-vitto-diretor-geral-depen>>. Acesso em: 05 jun. 2016.
- GALVÃO, Paulo Murilo. *Aulas de direito penal: parte geral*. São Paulo: Método, 2010.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*. Niterói-RJ: Impetus, 2005.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Elementos do Direito, v. 7).
- LEUTZ, Dennys; MENEZES, Cesar. *Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia*. Jornal da Globo. 24 set. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.
- LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de

- Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MELO, André Luis. *Pobreza ou desigualdade não geram crimes em si*. 21 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-21/crime-questao-oportunidade-carater-risco-consequencia>>. Acesso em: 04 jun. 2016.
- MIGUEL, Erika Andrade. *A Expansão do Direito Penal*. 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>>. Acesso em: 02 jun. 2016.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SANCHEZ, Jesús María Silva. *A Expansão do Direito penal*. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARDINHA, Edson. *The Economist: presídios viraram “jornada para o inferno”*. *Jornal Congresso em foco*. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/the-economist-presidios-viraram-%E2%80%9Cjornada-para-o-inferno%E2%80%9D/>>. Acesso em: 01 jun. 2016.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do direito processual: limitações fundamentais ao direito*

de punir no sistema jurídico brasileiro. Monografia (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. 877 f.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*. São Paulo: Saraiva. 2012.