

NA FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS A SEVERIDADE NA PUNIÇÃO NÃO TORNA A LEI MAIS EFETIVA

SERVILHEIRE, Landerson Andrevan G.¹
HELENE, Paulo Henrique.²

RESUMO

O tema presente neste trabalho traz em pauta que vivemos em um momento onde direitos sociais para o estado limita-se a postura e a eficiência. No tocante ao direcionamento do tema observamos a produção exagerada de leis agressivas, no ramo do Direito Penal; na ineficácia do estado no combate e repressão ao crime. O que realmente deixa evidente, é que os direitos fundamentais prescritos e regulados pelo ordenamento, não são de fato alcançado pelo público em geral. A proposta principal é romper este obstáculo, a fim de elevar a importância dos direitos garantidos e garantias advindas de leis, para que desta forma não enseje apenas em políticas públicas irresponsáveis, a fim de que criar, aumentar ou qualificar a punibilidade se tornaria solução aos problemas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado democrático, Função normativa, Políticas públicas e o direito.

**IN POLICIES LACK OF PUBLIC IN THE SEVERITY OF PUNISHMENT NOT BECOMES LAW MORE
EFFECTIVE**

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

This theme in this work behind the content that nowadays we live before a state that limits the posture and efficiency. On the topic of targeting, observe the overproduction of aggressive laws in the field of criminal law; the state's inefficiency in fighting and repression of crime; what really makes clear is that the fundamental rights prescribed and regulated by the system, they are not actually achieved by the general public. The main purpose is to break this barrier, in order to raise the importance of secured and guarantees arising from laws rights, so this way does not give rise only irresponsible public policy, so that create, increase or qualify the criminal liability would become solution to problems social.

PALAVRAS-CHAVE EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: Democratic state, State normative function, Public policy and Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do direito social, em que o estado confronta com os direitos sociais vividos por uma realidade de pessoas determinadas, dos quais são qualificadas pelas diversas classes sociais, e que através desses preceitos não são abrangidos no que concerne aos direitos instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O estudo tem como objetivo discutir o avanço estatal, no que tange a aplicação da repressão penal e o efeito pelo Estado quando da punição dos indivíduos, bem como trazer uma reflexão acerca das futuras legislações sobre direito penal. Busca-se confrontar o modelo de norma penal criado para regular ou

¹Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário – FAG - landersonags@gmail.com

²Docente do Centro Universitário – FAG - paulo2h@hotmail.com

garantir, e o outro, para reprimir ou oprimir o meio social que os direitos civis garantem. Sendo assim não nos preocupamos quando a definição do que é Direito. Busca-se saber para que serve o Direito ou qual seria a função do Direito Penal.

A racionalização da doutrina penal para ocultar a admissão do direito, lidas a partir da teoria política, são concessões do estado liberal ao estado absoluto, que debilitam o modo orientador do estado de direito. Sendo, este a bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua permanente tarefa de superação dos defeitos do estado de direito reais ou históricos.

O Direito Penal está proposto para administrar a vida em sociedade, ou seja, determinar regras a vida coletiva. Significa que o Direito Penal é um controlador social formalizado, não serve apenas para criar e dizer o que é crime, porque a sociedade é quem se regra.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Os caminhos que a evolução humana tomou, fez a sociedade emergir. Nos primórdios, os membros da revolução agrícola, na condição de elementos de uma tribo de caçadores e coletores, para a vida de aldeia agrícola diferenciadas ou hordas pastoris nômades, se caracterizam através de dois processos civilizatórios sucessivos. Essas transições tiveram lugar, pela primeira vez, já cerca de 10 mil anos no caso das formações agrícolas e um tanto mais tarde no das pastoris, entrando ambas a expandir-se desde então, até abranger todo o mundo (RIBEIRO, 2009).

No curso do seu desenvolvimento, acabaram por dinamizar a vida de todos os povos, integrando a maioria deles nas novas tecnologias e a outros marginalizando como sociedades atrasadas na história, algumas das quais ainda hoje se encontram nessa condição. Seu efeito crucial foi a cristalização de dois modos de enquadramento da vida humana que, uma vez plasmados, persistiriam durante milênios, como modeladores da existência dos povos. Essas formações socioculturais, engendrada pela criação de novos sistemas de produção, passaram a atuar de forma consubstancial na formação do caráter coletivo (RIBEIRO, 2009).

O condicionamento cada vez mais opressivo a ambientes culturais não pode por em risco a própria sobrevivência humana. As ameaças que hoje pesam sobre a humanidade levam a temer que estejamos alcançando esses limites, arriscando ultrapassar a linha fatal, se não forem desenvolvidas formas racionais de controle da vida social, econômica e política que habilitem os povos ao comando científico de todos os fatores capazes de afetar seu equilíbrio emocional e sua sobrevivência sobre a terra. Também esse imperativo de racionalização da vida social e de

intervenção no mundo dos valores, é o que motiva a conduta apontada para o socialismo como a mais capaz das formas de promover os sistemas impessoais de controle, tornando indispensáveis para fazer os homens mais livres e mais responsáveis no mundo da abundância, estimulando sua capacidade criadora e fazendo da pessoa a norma e o fim do processo de humanização.

O poder estatal sempre discriminou seres humanos e lhes conferiu tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dando que os considera apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é das garantias que, hoje, o direito internacional dos direitos humanos estabelece universalmente e religiosamente.

Com isso introduz uma contradição permanente entre a doutrina jurídico penal que admite e legitima o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do estado de direito, ou seja, como a teoria política desta última.

2.1 DIREITO PENAL E O INDIVÍDUO

O Direito Penal serve para dar base à norma, podendo o estado, tratar o delinquente como inimigo, combatendo-o ilimitadamente, ligando sua forma ao Estado de natureza e excluí-lo do Estado de direito, sendo assim é tratado com uma fonte de perigo, como um ser irracional. Lembramos, nesse ponto, dos famosos filósofos contratualistas (Rousseau, Locke e Hobbes) que pensavam o Estado como um contrato social, tratando da passagem de um Estado de natureza para um Estado de cultura. No tocante ao Estado de natureza, ou melhor, dizendo, num Estado selvagem, que reflete a lei do mais forte, verdadeiramente, uma luta de todos contra todos. No entanto, resolvemos passar a um Estado civil mais democrático e formal, com regras e normas, onde nos reunimos em assembleias e firmamos as regras sociais.

Verifica-se que “a criminologia positivista patologizou uma presença que sempre preocupou as classes dominantes: as multidões” (ZAFFARONI, 2012, p. 111).

Nossa tese é que o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso, daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões

do penalismo tem sido definitivamente, obstáculos absolutista que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos estados constitucionais de direito

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Talvez as teóricas tenham caído, até que a realidade legislativa alcançou um ponto que impedia qualquer mecanismo de fuga.

Na doutrina jurídica penal, pode se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica, conforme critérios que são independentes da causalidade. Da minimização da ação em benefício da omissão, sem interesse que o agente realmente faça, a não ser que tenha seu direito violado.

2.1.1 ATUAL SITUAÇÃO

É impossível ignorar que a atual situação mundial constitui um fator determinante do escândalo que parece atingir a discussão no campo penal e político criminal. Devemos analisar que a as circunstâncias do mundo variam de forma notória em razão de pluralidade de sinais alarmantes; o poder se planetarizou e ameaça com ditadura global. Prova disso é que cada vez que se discute se é possível tratar alguns seres humanos de acordo com o perigo ou dano que representam e procura-se uma racionalização mais elaborada.

Os crimes de destruição maciça e indiscriminada ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de maio de 2004, são expressões de violência brutal que na opinião dos internacionalistas, configuram crimes de lesa humanidade. Os quais por sua vez são respostas a outras violências e assim poderíamos continuar, até Adão e Eva, sem chegar a nenhuma solução com vistas a uma convivência racional no futuro.

A propósito, pontua E. Raúl Zaffaroni (2011, p. 162) que:

“Ninguém pode prever exatamente o que qualquer um de nós fará no futuro - nem sequer nós mesmos -, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de considerá-lo inimigo. Assim, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizado. É de imediato a advertência depois de demandar a estrita limitação da “despersonalização do inimigo, que se o inimigo

incrementa sua periculosidade, sem dúvida, também aumentará a sua despersonalização; os prisioneiros de Guantánamo são um exemplo da perda de limites desta guerra”.

2.1.2. A ESSÊNCIA DO TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA QUEM É QUALIFICADO COMO INIMIGO

A negação jurídica da condição de pessoa é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é sua essência. Ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. O inimigo não é qualquer sujeito delinquente infrator, mas sim o outro estrangeiro.

Assim consiste a ideia de que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos e inimigos, faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser consideradas pessoas. Esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação no direito apresenta com relação ao princípio do estado de direito (ZAFFARONI, 2015).

É inaceitável que o estado proceda dessa maneira, inaceitável observação que existe por trás da máscara, acreditando que de fato ira encontrar um inimigo. Certamente o estado pode privá-lo de sua cidadania, mas isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo.

Não é possível pretender que esse tratamento diferenciado possa ser aplicado a um ser humano sem afetar seu caráter, trazendo essa condição é absolutamente incompatível com as puras condições que só são admissíveis quando passageiras ou diante de condutas lesivas, em curso ou emitentes, que devam ser detidas, pois é, no momento da agressão ou imediatamente antes, a título de coerção direta.

Parece que no estado constitucional de direito não é possível admitir que um ser humano seja tratado como não-pessoa, fora as hipóteses de coerção direta administrativa, inevitável, e muito transitória.

Sem prejuízo de voltar ao tema para demonstrar que essa incompatibilidade não é apenas intuitiva, tampouco se pode passar por cima do fato de que o tratamento a um ser humano como coisa perigosa, ameaça a segurança ou a certeza acerca do futuro não se limita a despersonalizar

apenas quem é tratado dessa maneira. Convém advertir que a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade.

2.1.3. O PODER DE PUNIR

O panorama inquisitorial é mantido desde a revolução industrial, quando suscitaram mudanças que não macularam o controle penal diferenciado, porém o atenuou, embora às vezes mais no discurso do que na prática.

Com a revolução industrial o surgimento de uma nova e poderosa classe social, como dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida – nobreza e o clero -, determinou que a primeira procura, por todos os meios, debilitar o problema da velha classe, como capítulo fundamental reduzir o poder punitivo, que era de suas principais armas de dominação. Esse esforço traduziu-se em discurso penal redutor, e subsidiariamente em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que ao deixou de ser exercido de forma seletiva, mas tornou-se funcional ao crescimento e a expansão da nova classe social e traz poder ao estado. (DARCY RIBEIRO,1999)

Ainda que a aplicação da pena de morte tenha se limitado aos criminosos graves (assassinos), a lógica permanecia com a eliminação física dessas pessoas. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os na praça, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões como alta taxa de mortalidade.

Com este advento na sociedade capitalista foi se necessário estar à frente do poder, o estado a partir daí toma frente às questões pertinentes a justiça social, fato este gera necessidade do estado policial, consistente na organização estatal fortemente baseada no controle da população por meio da polícia política, das forças armadas e outros órgãos de controle ideológico e repressão política.

Não há de se falar de estado de direito, sem seu lado obscuro sem a sombra estatal, que é o estado de polícia. Formando se assim um par indivisível e inseparável. O poder de castigar e punir “*potestas puniendi*” faz parte do estado de polícia. Outro braço do estado de polícia consiste no poder de decretar guerras ou invadir. Tanto o poder de punir como o de declarar guerras se caracteriza como ato político. O poder de punir é um fenômeno político, se determina como

extrajurídico. O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas se distingue como político. Tobias Barreto (ZAFFARONI,2015) dizia: “Quem busca o fundamento jurídico da pena deve buscar, também, se é que já não o achou, o fundamento jurídico da guerra”.

2.1.4. BALANÇO SOCIAL EXTERNO

É possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do fator punitivo é uma constatação derivada de sua seletividade estrutural. De qualquer maneira permite comprovar que houve e há graus de seletividade punitiva e que tudo parece indicar que quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças do tratamento repressivo entre iguais e estranhos ou inimigos se atenuam como sucede nos países da União Européia, por efeito da extensão do âmbito dos iguais, ainda com sérios riscos de retrocesso, devido à migração de habitantes.

Na América latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida e só excepcionalmente com penas. Com isso todas as propostas de destinar penas ou medidas de mera contenção para os inimigos perdem muito de seu sentido, uma vez que estas são empregadas desde o começo, mesmo no processo de criminalização secundário e indiscriminadamente. É preciso entender que na América latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo.

2.1.5. O DIREITO PENAL E SUA EVOLUÇÃO

No passado como vimos anteriormente à punição dos criminosos era realizado pela vingança privada ou por meio da lei do mais forte. Não havia limites impostos às punições. As penas abrangiam morte, escravização, banimento do infrator e de quem possuía laço parental, venda de ascendentes e até mesmo decapitação. Existem relatos históricos que leis e códigos utilizados para fins de aplicação de penas foram: Lei de Talião, Código de Hamurabi e o Código de Manu que trazia a ideia de que a “vingança era divina e que dava ao Estado o poder de punir”; A fase da vingança foi substituída pela da Lei de Talião, que apesar de ser mais gravosa era mais branda que as vinganças, quando as punições eram cruéis. Para a substituição da Lei de Talião surgiu o Código

de Hamurabi que trouxe sinais em sua evolução. Tal instituto possuía 282 artigos e fora escrito em uma coluna de pedra, do qual trazia a ideia da lei do olho por olho, dente por dente, preceito também difundido na lei dos Hebreus, povo que deu origem aos relatos da bíblia dos cristãos. O código prescrevia que aquele que ferisse outro de igual modo deveria ser ferido, como forma de puni-lo; Era o dito termo de quem com ferro fere com ferro será ferido. A crueldade e desumanidade das penas eram aparentes e gritantes, o que causava revolta na população, fato que contribuiu para a humanização do direito, e aqui força a refletir a grandiosa obra do nobre Marquês de Beccaria quando diz:

“As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são, por sua própria natureza, injustas, e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano conserva para os seus súditos”.
(BECARIA: Martim Claret, 1978)

A obra do autor estabeleceu princípios que se fundaram em base para o direito penal. A maior novidade era o repúdio às penas de morte, cruéis e aquelas que ultrapassassem a pessoa do delinquente. A pena, nesta época, tinha caráter retributivo. O encarceramento só surgiu depois, como forma de repressão aos crimes mais ofensivos. Tinha caráter temporário, enquanto não se decidia o destino do acusado, permanecia encarcerado. Somente após o século XVIII a pena de prisão tomou caráter definitivo, passou a substituir por novas modalidades penais, entretanto, o tratamento oferecido aos presos era desumano, e não existia a menor preocupação em reintegrá-los ao meio social em que viviam, o que de fato acontece até nos dias de hoje (BARBOSA,2011).

Descrito e Assegurado pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é elevada à categoria de postulado constitucional e norteia todos os direitos fundamentais desde então. Dignidade da pessoa humana não pode ser confundida com dignidade da pessoa, de fato que a primeira se eleva a um coletivo e a última se mostra caracterizadora de um individualismo de privilégios em razão de posições sociais. Todo e qualquer ser humano nasce digno de ser tratado com igualdade pelos seus pares, pelo ordenamento jurídico atual e pelas normas reguladoras de uma sociedade determinada. (BRASIL. 1988)

Com a proibição da auto-tutela nos conflitos, o Estado torna-se responsável em julgar as demandas e pacificar os conflitos, assim a paz social é primordial. Por isso necessária se faz a análise do poder/dever do Estado, em tendo de executar sua pretensão punitiva, fazê-lo com o maior esmero em respeitar os direitos individuais e coletivos e, ainda, lutar pela conservação e preservação da dignidade da pessoa humana.

2.1.6. O QUE SE DISCUTE SÃO OS DIREITOS INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS

Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu como hostis, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizantes e eliminatórios, a partir de sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso. Como primazia na lei maior a dignidade da pessoa humana é inerente à própria pessoa. Nessa ideia, independente de nacionalidade e de reconhecimento positivado, uma vez que mesmo não o sendo, terá o indivíduo direito de vê-la respeitada e exigir tal respeito ante os órgãos internacionais e de buscar sua proteção, fazer cessar contra si o desrespeito, seja no âmbito da integridade física, moral, intelectual e mesmo patrimonial.

Embora o direito penal tradicional limita-se a discutir se o tratamento penal é diferenciado entre as pessoas de uma coletividade, destinado a neutralização do perigo que representam, é a matéria do próprio direito penal ou do direito administrativo (policial) e a decidir ação do agente.

Portando admitir um tratamento penal diferenciado para determinados entes da sociedade não identificáveis, nem fisicamente reconhecíveis, significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los. Ademais importa a toda população uma série de limitações a sua liberdade e também a risco de uma identificação errônea e consequentemente condenar inocentes. O que se discute nesse caso é a possibilidade de reduzir as garantias de toda a população, frente ao amparo repressivo, e impor-lhe os controles e limitações a eventuais penalidade indevidas, como consequência, em homenagem a uma pretensa, e mais do que duvidosa eficácia da empresa humanitária do poder punitivo, que declara perseguir apenas a neutralização dos riscos da emergência do momento.

A questão acerca da possibilidade de limitação dos direitos e garantias dos cidadãos, em razão da existência de um inimigo, estranho ou hostis, isto é, com base na admissão dessas categorias no direito como divisor sociais pela qualificação ou poder aquisitivo dos indivíduos determinantes de uma sociedade, os direitos garantias de todos habitantes podem ser limitados, buscando assim um maior convívio social.

2.1.7. DA CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL

O direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos, capazes de colocar em risco valores fundamentais pra a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes em consequência às respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias a sua correta e justa aplicação.

A ciência penal, por sua vez, vem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre as normas incriminadoras e princípios como o da dignidade da pessoa humana.

A função do direito penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida com prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobre tudo pela celebração de compromissos éticos entre os estados e os indivíduos, pelos quais se consiga o respeito às normas menos por receios de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça. (FERNANDO CAPEZ,2013)

A natureza do direito penal de uma sociedade pode ser aferida no momento da apreciação da conduta. Toda ação humana está sujeita a dois aspectos valorativos diferentes. Pode ser apreciada em face da lesividade do resultado que provocou e de acordo com a reprovabilidade da ação em si mesma.

Toda lesão aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal acarreta um resultado indesejado, que é valorado negativamente, afinal foi ofendido um interesse relevante para a coletividade. Isso não significa porém que a ação causadora da ofensa seja, necessariamente, em si mesma sempre censurável. De fato, não é por que o resultado foi lesivo que a conduta deva ser acoimada de reprovável, a reprovação depende não apenas do desvalor do evento, mas, acima de tudo, do comportamento consciente ou negligente do seu autor.

Ao ressaltar a visão puramente pragmática, privilegiadora do resultado, despreocupada em buscar a justa reprovação da conduta, o direito penal assume o papel de mero difusor do medo e da coerção, deixando de preservar os valores básicos necessários a coexistência pacífica entre os integrantes da sociedade política. A visão pretensamente utilitária do direito rompe os compromissos éticos assumidos com os cidadãos, tornando os rivais e acarretando, com isso, ao contrário do que possa parecer, ineficácia no combate ao crime. Por essa razão o desvalor material do resultado só pode ser coibido na medida em que evidenciado o desvalor da ação. Estabelece um compromisso de lealdade entre o estado e o cidadão, pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético social que se estabelece, mediante a vigência de valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade à propriedade etc.

Ao prescrever e castigar qualquer lesão ao deveres tidos sociais, o direito penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos que passam a ter bem delineado quais os valores essenciais ao convívio do homem em sociedade.

Desse modo, em um primeiro momento sabe-se que o ordenamento jurídico tutelado o direito a vida, proibindo qualquer lesão a esse direito, consubstanciado no dever ético social “não matar”. Quando esse mandamento é infringido, o estado tem o dever de acionar prontamente os seus mecanismos legais para a efetiva imposição da sanção penal, a transgressão no caso concreto, revelando à coletividade o valor que dedica ao interesse violado. Por outro lado na medida em que o estado a se torna vagaroso, omissos ou menos injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores. Pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua procura ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão.

No tocante ao seu objeto, tem-se que o direito penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do fim. Assim, lastreia-se o Direito Penal na sua voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final. Desse modo, o âmbito da normatividade jurídico-penal na voluntariedade da conduta humana. Disso resulta a exclusão do âmbito de aplicação do direito penal de seres como aos animais, que não agem em consciência do fim de seu agir, fazendo-o por instinto, vem como dos movimentos corporais causais, como os reflexos, não domináveis pelo homem.

2.1.8. A CONDUTA HUMANA E A APLICAÇÃO DA PENA PELO ESTADO

A Conduta humana criminosa, pode ser ação propriamente dita, como também omissão. Este tipo de comportamento pode ser objeto de estudo da sociologia, da fisiologia, da psicologia, filantropia, antropologia e outras disciplinas, principalmente a criminologia. Mas no momento, o que interesse mesmo é o conceito jurídico de crime.

Segundo Heleno Claudio Fragoso, 2003 “O crime se caracteriza pela ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando a com pena, por que constitui ofensa (dano ou perigo) a outrem ou um valor da vida social”.

Para ele, o crime é “um desfavor da vida social, representando pelo dano ou exposição a perigo de bem jurídico, o que se dá pela própria ação ou omissão incriminadora em si mesma”.

Em seu conceito Formal o crime é a conduta proibida e sancionada pela lei penal. É exatamente esse caráter de pura contrariedade ao direito que é acentuado para formular sua definição.

Em seu conceito material é ação ou omissão que a juízo do legislador, contraria violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir que seja proibida sob ameaça de pena.

Cometida a infração penal nasce para o estado do direito de punir (pretensão punitiva) consubstanciado na legislação material, como alicerce no direito fundamental de que não há crime sem prévia que o defina nem pena sem prévia lei que a comine.

O direito penal que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza no estado democrático de direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo estado, que não são poucos.

Portanto, assim existe o Processo penal, que tem a característica e finalidade jurídica de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do estado, realizando se por intermédio do poder Judiciário, incumbido de aplicar a lei ao caso concreto.

Na visão de Rogério Lauria Tucci, 1993:

“A instrumentalização da jurisdição, ou seja, da ação judiciária, em que se insere ação das partes, presente ao processo penal como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados a solução de conflitos de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás com muita prioridade” (TUCCI, 1993).

2.1.9. DA PROPORCIONALIDADE DA PENA E SUA CLASSIFICAÇÃO

O princípio da proporcionalidade traz a ideia de grande significação para o direito. É este instituto que encontra assento no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso texto constitucional, quando exige a individualização da pena, exclui certos tipos de sanções, e requer mais rigor para casos de maior gravidade e moderação para infrações menos graves. Baseia-se na relação custo benefício.

Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas. Por outro lado esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. A criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade.

Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a sanção, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social.

Nota-se nos exemplos citados acima, que por maior relevância e proteção que as leis brasileiras trazem a respeito da vida, é que uma vida não sobrepõe a outra, e muito menos, uma tem o peso maior do que outra. A classificação que se dá quanto à severidade da imputabilidade e punibilidade criminal de determinada conduta, deveria ser avaliada de acordo com os pressupostos da conduta e reprovação social.

As punibilidades são classificadas em três espécies: reclusão, detenção e prisão simples; Já os regimes penitenciários iniciam em fechado, semi-aberto, aberto. No tocante aos regimes penitenciários da pena de reclusão, se a pena imposta for superior a 8 (oito) anos, inicia o seu cumprimento em regime fechado, se esta for superior a 4 (quatro) anos, inicia-se em regime semiaberto, se a pena for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, inicia-se em regime aberto. Quando o condenado for reincidente: inicia-se sempre em regime fechado, salvo hipótese de multa. O Código Penal em seu Artigo 59 inciso III cita que “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (Luiz Flavio Gomes, 2010).

2.1.10. CLAMOR SOCIAL E A OPINIÃO PÚBLICA

Mola propulsora da legislação afogada de emergência, tem como exemplo do que ocorreu com a lei que definiu os crimes hediondos e afins (Lei n.º 8.072/90) e seus projetos a fim de alterá-los. As regras para os crimes hediondos diferem das regras gerais. No primeiro não existe pagamento de fiança, anistia, graça, indulto como os de regra geral; O regime penal inicia em fechado, podendo progredir quando atingir dois quintos da pena, se o réu for primário, e de três quintos, se reincidente, a liberdade se dá após o cumprimento de mais de dois terços da pena. Torna-se assim uma forma expressa de agravar determinada conduta diferenciada da regra geral. (ROGÉRIO SANCHES CUNHA: João Carvalho Matos, 2009)

Ocorre que o populismo penal é a ferida das democracias atuais, e corresponde à política pública mais irresponsável dos governos democráticos. As pessoas acreditam que com mais leis e mais penas resolvem a questão. Mas isto vai bem mais além que a área jurídica pode alcançar, de fato que é um problema social histórico e cultural. Ouvindo o clamor populacional o legislador aprovou inúmeras leis penais especiais desde a promulgação da Constituição Federal.

Deste modo existem vários projetos de lei com o intuito de resguardar a segurança da autoridade ou agente estatal, aquele braço garantidor do estado policial.

- O nº 41/2013, torna crime hediondo o assassinato de policiais militares e civis, guardas municipais, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, e do Poder Judiciário.
- O nº 137/07, que classifica de crime hediondo o homicídio contra agentes penitenciários e policiais.
- O nº 456/07, que trata do mesmo assunto. Atualmente, a pena prevista no Código Penal por homicídio simples é de 6 a 20 anos de reclusão. No caso de homicídio qualificado, é de 12 a 30 anos. Os crimes hediondos inicialmente a pena é cumprida em regime fechado, não podendo haver o perdão da pena (Luiz Flavio Gomes, 2010).

No ano de 2015 foi votado o projeto 19/2015. Este já aprovado e promulgado através da lei 13.142/15 altera os artigos 121 e 129 do código penal. Com referência ao artigo 121, cria mais uma qualificadora para homicídio, o parágrafo 2º do presente artigo passa a contar agora com inciso VII, tornado qualificado o crime de homicídio quando praticado contra autoridade ou agente descrito no artigo 142 e 144 da Constituição Federal, juridicamente elencado como Crime funcional, fato direto ligado a razão ou motivação que gerou a ação delituosa (BRASIL. Constituição (1988).

A imprensa tem um papel essencial na disseminação do populismo penal, uma vez que transmite e divulga amplamente o medo e a insegurança, a partir da exploração dos fatos repassando e disseminando o ódio e a sede de vingança.

Aqui se constitui o poder de construção, formação da opinião coletiva, neste ou naquele sentido, que a mídia detém. Podendo assim afirmar que na falta dela, o populismo penal seria ineficaz. Na medida em que se faz todo esse alarde decorrente de fatos sociais vem a contribuir para a política pública irresponsável da edição de leis penais, como se isso fosse à solução do país.

Existe um conjunto de fatores a ser elevado sobre os crimes, em especial os dolosos. Temos a jornais, os televisores e rádios como meios de comunicação explorando estes fatos para obterem mais audiência, pois por meio dela se pode cobrar mais pela publicidade e propaganda.

Direito Penal eficaz não soluciona problemas sociais. Qualquer que seja hoje a proposta penal que tramite no Congresso, como estas descritas acima, sobre influência do populismo político penal, porque o legislador descobriu que criando o projeto de lei este pode vir a gerar votos. Contudo, quando se transforma o Direito Penal em mercadoria, o risco de sair do Congresso Nacional lei ineficazes ou abusivas é muito grande, Sendo que a ideia principal é que o direito penal não soluciona problemas.

Temos um modelo de justiça consistente e uma liberdade garantida através de regras, ou seja, a um termo de igual peso e entre estes dois institutos, Aristóteles já reconhecia que a virtude está no meio termo.

3. METODOLOGIA

A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como descritiva e explicativa. Isto porque deve a pesquisa em mãos procura identificar os fatores que causam um determinado fenômeno, aprofundando o conhecimento através da evolução, e expondo as características de uma determinada população ou fenômeno, demandando técnicas padronizadas de coleta de dados. Quanto à metodologia o trabalho em mãos faz a opção pelo método Hipotético-Dedutivo. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite formular hipóteses para expressar as dificuldades do problema, de onde deduzimos consequências que deverão ser testadas. Enquanto procedimento, este trabalho realizar-se-á por meio de observação indireta e procedimento técnico de pesquisa-ação porque traz o problema da realidade social coletiva.

4. ANÁLISES E DISCUSSÕES

Ao analisar a atividade efetiva do poder estatal, verifica-se que esta se apresenta de forma hostil, em relação aos membros possuidores de condutas adversas, tratando de forma discriminatória em relação ao coletivo, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso. Os princípios garantidos pela lei maior no tocante a dignidade da pessoa humana é inerente ao próprio ser. Nesse contexto, independe sua nacionalidade, crença, classe social, posição social e de reconhecimento positivado. Mesmo que o indivíduo seja visto com grau de reprovação por conta de suas atitudes, terá os direitos resguardados por Órgãos internacionais, para que, através deste, possa garantir os direitos político social, intelectual e patrimonial.

Embora o direito penal limita-se a discutir o tratamento diferenciado entre membros da mesma coletividade, passa despercebido a qualidade da moradia, o meio comunitário, a educação, o convívio social, e vislumbra apenas a conduta errônea, que é conteúdo do próprio direito penal ou do direito administrativo (policial).

Portando o intuito de admissão diferenciada no tratamento penal, determinante entre uma sociedade auto regulamentada, exemplifica um controle social mais autoritário, em que o estado impõe através do poder restringe a liberdade e impõe limitações. O que se alude nesse conteúdo é a possibilidade de reduzir as garantias de toda a população; Frente a omissão de política públicas, tenta suprir impondo o controle e limitações, apenando aquele que se conduzir de forma reprovável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo ao qual faz referência o presente trabalho, traz a reflexão sobre o desenvolvimento da sociedade e conflito aparente entre os membros desta coletividade, observando de forma clara o problema histórico, ensejando assim ao poder estatal atuar de forma punitiva em desfavor daquele membro determinado como inimigo. A formação de uma sociedade através de famílias e comunidades, traz consigo diversos problemas, neste âmbito, o estado se torna omissor em seu papel educacional e cultural, tal obscuridade traz a comunidade conflitos entre os membros, pois faz da necessidade e da falta de instrução os maiores causadores de conflitos coletivos.

Para suprir a falta de meios indispostos que deveriam trazer maior segurança e prevenir determinadas condutas, os estados trouxeram uma forma severa de poder inquisitivo, criando leis e penas, a fim de regular e regerar cada vez mais o convívio social.

Não se prega a necessidade desencadeadora de projetos de lei que trazem resultados significativos. Existe uma preocupação quanto às leis e suas punições, pois se avalia sua efetiva e consubstancial relação com a norma social, visto que determinada conduta só se torna impedida pelo ordenamento quando causa a desaprovação da coletividade até a ressocialização deste.

Existe sim um problema, o Direito Penal tem atuado com braço repressor do estado, para coibir e injustiçar membros de uma determinada coletividade, podendo assim se dizer menos provido de direito, visto que este caminho só nos mostra o enfraquecimento estatal, e de certo modo para mostrar o poder usa do Direito Penal para garantir a ordem social.

O fato é que não existe direito penal perfeito. Vislumbra-se que não se educa os membros da sociedade, conviventes em um território que exterioriza por intermédio do direito penal não integração, a violência, e a corrupção. Trabalhar com o Direito Penal é relembrar que já se puniu o negro por ser negro, o judeu por ser judeu, o índio por ser índio, ou seja, todos aqueles que não pertenciam à mesma raça.

A mudança de consciência é a mais difícil de ser almejada, pois as pessoas fogem desta responsabilidade, permanecendo com demagógicas opiniões, contaminadas pela mentalidade formalmente jurídica e do populacionismo transmitido pelas redes sociais, com medo de se posicionar de forma oposta.

Novas leis e penas mais severas não influenciam, efetivamente, na repressão a condutas criminais organizadas, pois essa estrutura ilícita exige, para a sua coação, o aparelhamento do sistema penal pátrio como um todo, da prevenção à execução. Com maior importância devemos nos orientar no tocante a pós-execução, pois esta reabilitação social que garante ao indivíduo não reincidência criminal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Adrian. **Felizes mudanças no CPP à luz da constituição, 2011**. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200017&script=sci_arttext. Acesso em: 03 de mai. 2016.

BECARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. 5.ed São Paulo: Martim Claret, 1978, p. 108



CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Legislação penal especial**. 8 ed. Sp: Saraiva, 2013. 194195196197198199270271272 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 6 ed. Sp: Saraiva, 2003.135912 p.

GLOBO. **Letalidade da em em São Paulo**. Disponível em: <fonte de pesquisa: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/letalidade-da-pm-em-sp-e-maior-nos-ultimos-12-anos-no-1-trimestre>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flavio; Rogerio Sanches Cunha. **Legislação criminal especial**[S.L.]:Revista dos tribunais ltda, 2010.494p.

MATOS, João Carvalho. **Pratica e teoria do direito penal e processual penal: Pratica e teoria penal e processual penal**, 2004.327328329330 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal: Processo penal e o estado democrático de direito**. 3 ed Sp: Revista dos Tribunais, 2009. 123 p.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório: Etapas da evolução sociocultural**. 1 ed Sp: Companhia das letras, 1999.265275 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3 ed. [S.L.: s.n.], 2011. 56791523111 p.