

ISSN 2238-1678

REVISTA DE CRIMINOLOGIA E CIÊNCIAS PENITENCIÁRIAS

Programa de Estudos em Criminologia e Ciências Penitenciárias
PROCRIM

São Paulo – Ano 3 – Número 04 – Dezembro - 2013 / Janeiro / Fevereiro – 2014

DIREITO PENAL MÁXIMO E DIREITO PENAL MÍNIMO: COMENTÁRIOS E CRÍTICAS AO DISCURSO PENAL POPULISTA

LEANDRO HENRIQUE DE MORAIS BENTO



DIREITO PENAL MÁXIMO E DIREITO PENAL MÍNIMO: COMENTÁRIOS E CRÍTICAS AO DISCURSO PENAL POPULISTA

Leandro Henrique de Moraes Bento¹

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Bauru/Instituição Toledo de Ensino (ITE). Estagiário de Direito do Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Município de Bauru/SP - E-mail: leandrinho_direitojustica@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1. *Exposição acerca do famigerado Direito Penal do Inimigo*; 2.2. *Movimento de lei e ordem e tolerância zero como estímulos ao populismo penal*; 2.3. *O discurso penal populista e suas incoerências*; 2.4. *Outros elementos para contraposição ao populismo penal*; 3. CONCLUSÃO; 4. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este ensaio apresenta comentários acerca do discurso penal populista presente no contexto sócio-cultural da atual quadra histórica, denunciando que em decorrência de uma maneira por demais sentimentalizada de enxergar o fenômeno da criminalidade, se desenvolvem inúmeros discursos acerca das finalidades do Direito Penal, destacando-se dentre eles os discursos de Direito Penal do Inimigo, Tolerância Zero e Lei e Ordem, que visam dar a sanção penal significados nada compatíveis ao Estado Democrático de Direito. O texto apregoa detidamente a incoerência destas proposições contrapondo-as à proposta de um Direito Penal Mínimo que vise garantir a intervenção penal como *última ratio* do sistema jurídico, atuando somente com relação à proteção de bens jurídicos essenciais, realçando sua compatibilidade em face do

contexto do comportamento desviante atual. Por fim, destaca ainda que a pena deve ter por finalidade precípua a ressocialização do apenado, ressaltando-se a necessidade do aprimoramento da individualização da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Populismo penal; Direito penal do inimigo; Direito penal mínimo; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This essay presents comments on the criminal populist discourse in this socio-cultural context of the current historical court, claiming that as a result of an overly sentimentalized way of looking at the phenomenon of crime, develop numerous speeches about the purposes of criminal law, especially among them are the speeches of criminal Law of the Enemy, Zero Tolerance and Law and Order, designed to give the penalty meant nothing compatible to democratic rule of law. The text proclaims the inconsistency of these propositions closely opposing a proposal to the Criminal Law which aims at ensuring minimum intervention as a last resort the criminal justice system, acting only with respect to the essential legal protection of property, enhancing its compatibility in the context of face deviant current. Finally, also emphasized that the penalty should have the primary aim of the rehabilitation of the convict, emphasizing the need to improve the individualization of punishment.

KEYWORDS: Punishment; penal populism; criminal law of the enemy; minimum criminal law; Democratic State of Law.

1. INTRODUÇÃO

A ciência humana se expressa através da linguagem e toma sempre a forma de um

discurso. O discurso seria então a personificação da ciência, o modo particular pelo qual ela se nos apresenta. Muito em voga está, no Brasil, um discurso penal populista, uma evocação do direito penal como cura à violência e barbárie que envolve as ruas. E há inúmeras mostras disso, desde concepções científicas balizadas em formulações teóricas importantes, passando pelos noticiários e outros meios de comunicação, até chegar às práticas jurídicas e acadêmicas.

De um lado grandes pensadores do ramo jurídico-penal asseveram que não se deve mais atribuir ao direito penal esta característica, nem esta ênfase, que não se deve esperar do direito penal a solução de graves problemas sócio-culturais e políticos, reforçando assim as orientações de direito penal mínimo.

Porém, de outro lado pode-se verificar o inverso: o discurso em prol do direito penal máximo. Assim se orientam os defensores do movimento de lei e ordem e tolerância zero (Slogans norte-americanos de combate à criminalidade), bem como os teóricos defensores do direito penal do inimigo.

A seguir, em etapa de desenvolvimento, serão apresentados elementos acerca destas propostas punitivistas com o intuito de demonstrar suas incoerências em face do atual contexto criminal observado nas práticas jurídicas.

Em contraposição àqueles discursos punitivos será ressaltada a importância e coerência da política criminal minimalista que salienta da necessidade de ser o direito penal uma *ultima ratio* do sistema jurídico, de modo a reservar a intervenção penal apenas para os comportamentos que causem lesões mais graves a bens jurídicos.

Ao fim, em etapa de conclusão, serão apresentadas considerações para reflexão acerca da necessidade de individualização da pena para a ressocialização, que se afigura ainda como o melhor meio para reverter os quadros de violência diagnosticados no dia-a-dia da sociedade. Os meandros desta problemática devem ser analisados sob um enfoque crítico, sendo este o correto empenho científico a ser esperado dos operadores do Direito, em especial dos operadores do Direito Penal.

2. DESENVOLVIMENTO

Deve-se analisar ao menos em termos gerais de que se trata a proposta de um Direito Penal de intervenção máxima, tal como proposto por certos seguimentos da Academia. Com isso, torna-se possível contrapor esses sistemas punitivos ao enfoque de Direito Penal mínimo, com o fito de demonstrar as diversas facetas das práticas sócio-jurídicas da atualidade.

Dentre os aspectos mais importantes, destacam-se a partir daqui comentários em torno do chamado Direito Penal do Inimigo e dos discursos de tolerância zero e de lei e ordem. Todos esses discursos parecem corroborar para um populismo penal, devendo-se demonstrar quais suas características e relações com o Estado de Direito democrático. Em face disso ressalta-se o primado da intervenção penal mínima e da reintegração social do apenado como o melhor meio de minimizar os atuais índices de criminalidade, corroborando-se ainda para a individualização da pena.

2.1. *Exposição acerca do famigerado Direito Penal do Inimigo*

A Teoria do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), proposta pelo Jusfilósofo alemão

e professor da Universidade de Bonn, *Günther Jakobs*, se caracteriza por caminhar junto a uma concepção dos fins do Direito Penal no sentido do que é chamado de Funcionalismo Sistemático que visaria garantir especialmente a integridade do ordenamento jurídico, tendo por fim o restabelecimento da ordem jurídica violada pelo delito, atuando através da retribuição penal. Sobre esta concepção, segundo o Jusfilósofo “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade (JAKOBS, 2003, p. 1)” [1]. Portanto:

Outrossim, a missão do Direito Penal resta, então, destinada a proteção da norma, sendo a sociedade o objeto da proteção do Estado. Disto infere-se que o funcionalismo sistemático não contempla a proteção de um bem jurídico, mas, sim, das regras de conduta que devem nortear o convívio social (LYRA JÚNIOR; RODRIGUES, 2011, p. 1) [2].

Toda sua fundamentação teórica tem base na Filosofia Do Contrato Social, largamente difundida no período moderno, expressa principalmente nas obras de filósofos tais como Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte (DAMÁSIO DE JESUS, 2008) [3]. Conforme lição de Luiz Flávio Gomes (2010, p. 2) [4], resumidamente, tais fundamentos seriam:

- (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau);
- (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte);
- (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes);
- (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

Em sua elaboração, Jakobs separa os alvos da sanção penal em dois grupos:

- a) Um grupo de cidadãos - a que o teórico denomina *peessoas* - que têm assegurados todos os direitos fundamentais, bem como todas as garantias processuais, tratando-se, portanto, de pessoas às quais o Direito Penal do Inimigo não se aplica; sua responsabilidade penal se funda em critérios de culpabilidade, e;
- b) Um grupo de não-cidadãos, inimigos – a que o teórico denomina *não-peessoas* - a quem são negados em grande medida os direitos fundamentais bem como as garantias processuais, justamente por se tratarem de inimigos da sociedade que se envolvem com a criminalidade, supostamente proferindo graves ameaças ao Estado de Direito e à paz social; aqui a responsabilidade penal é fundada sobre as bases do conceito de periculosidade.

Segundo Damásio de Jesus (2008, p. 1) [3]:

A expressão Direito Penal do Inimigo foi utilizada por Jakobs primeiramente em 1985, mas o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente foi levado a cabo a partir da década de 1990.

Jakobs contrapõe duas tendências opostas no Direito Penal, as quais convivem no mesmo plano jurídico, embora sem uma distinção absolutamente pura: o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão. Ao primeiro, cumpre a tarefa de garantir a vigência da norma como expressão de uma determinada sociedade (prevenção geral

positiva). Ao outro, cabe a missão de eliminar perigos.

Portanto, aqui, em relação a esta Teoria, no que tange a *não-pessoa*, não se cogita de culpabilidade, mas sim de periculosidade para determinar quem seja o inimigo (corroborando este entendimento, entre outros penalistas, CIRINO DOS SANTOS, 2013) [5]. Obviamente, esse pressuposto viola flagrantemente o princípio de igualdade insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, o que por si só impede a adoção desta política criminal por parte do Estado brasileiro, ainda que haja inúmeras manifestações de certos setores da sociedade neste sentido.

A respeito das características da teoria no tocante às garantias e direitos suprimidos em relação ao Inimigo (Não-cidadão, ou ainda Não-pessoa), o penalista Luís Greco (2005, p. 218) [6], em artigo científico, faz os seguintes apontamentos sobre esta doutrina penal: Características do direito penal do inimigo são uma extensa antecipação das proibições penais, sem a respectiva redução da pena cominada, e a restrição das garantias processuais do estado de direito, tal qual é o caso principalmente nos âmbitos da delinqüência sexual e econômica, do terrorismo e da chamada legislação de combate à criminalidade.

Para reforçar o entendimento dessas características, pode-se dizer conforme Matheus Silveira Pupo (2013, p. 1) [7] que, para o autor da teoria em questão, Gunther Jakobs, “o delinqüente não teria sequer que consumir o crime ou até mesmo que dar início a qualquer *iter criminis* para ser considerado um *inimigo*, meros atos preparatórios já bastariam para tanto, tendo em vista o *risco* que ele causa à Sociedade.”

O Direito Penal do Inimigo parece mesmo conduzir a um Direito Penal de autor, em

detrimento de um Direito Penal do fato (CIRINO DOS SANTOS, 2013) [5]. Nem seria necessário reforçar que este último é mais compatível com o estado Democrático, e que o primeiro conduz à arbitrariedade, inevitavelmente, tendo em vista que quando da infração penal o aplicador da Lei deveria fazer um *discrímen* acerca de se o infrator é cidadão ou não cidadão (PUPO, 2013) [7].

O tema é enfaticamente debatido nos setores mais importantes da dogmática jurídica e recebe os mais diversos reproches, especialmente por parte dos liberais que consideram inadmissível tal proposição no atual estágio do Direito Constitucional.

As críticas são necessárias e o Direito Penal deve estar mesmo sob constante vigilância por tratar diretamente do tema liberdade, tão caro ao no nosso tempo. No entanto, coerente é a lição de Greco (2005, p. 246) [6] ao denunciar que “A discussão sobre o direito penal do inimigo está se mostrando demasiado emocional”. Isso trata de evidenciar que sendo o tema de tamanha repercussão, até mesmo suas críticas podem acabar resvalando para um campo mais emotivo e menos racional, o que não é em nada produtivo.

Entretanto, o papel a que esta Teoria se presta na atual conjuntura sócio-jurídica parece ser mesmo um papel de relevância negativa que pouco enriquece a dogmática penal e pouco tem a acrescentar ao próprio papel das políticas criminais.

Nem seria necessário dizer, ainda, que a construção de uma Teoria penal fundada em critério de aplicação da lei penal que faça distinção entre pessoas e não pessoas é no mínimo uma leviandade na atual panorâmica do Direito Internacional e do desenvolvimento dos Direitos Humanos e do próprio conceito de Humanismo, inerente a

qualquer sistema jurídico que se pretenda democrático.

Mas o Direito Penal do Inimigo não é a única vertente dos brados punitivos deste tempo, podendo-se verificar ainda outros, variando-se os fundamentos de cada um conforme as proposições de política criminal que se põe.

Abaixo, no próximo sub-capítulo, são analisados alguns pontos que talvez mereçam ser destacados, principalmente sobre a lógica da mentalidade que alimenta o discurso penal populista. Juntamente com isso, são apresentados elementos para uma crítica deste atual fenômeno.

2.2. Movimento de lei e ordem e tolerância zero como estímulos ao populismo penal

Merece destaque a análise dos seguimentos de Direito Penal da Tolerância Zero bem como o Movimento de Lei e Ordem que têm como pressupostos praticamente as mesmas orientações, fundando-se em critérios de combate duro às mínimas infrações, supostamente a fim de alcançar objetivos de prevenção geral e especial por meio da pena (Na mesma linha, CIRINO DOS SANTOS, 2013) [5]. De acordo com estas, surgida uma infração, qualquer que seja ela, se caracterizaria o desrespeito à ordem jurídica, justificando-se assim a exemplar punição.

O movimento de lei e ordem tem mesmo como alvo direto o sistema penal que por acaba por ser taxado de leniente, atrasado, lento, configurando mero auxílio aos criminosos em detrimento da população não criminosa (GAIO, 2007) [8].

Tais sistemas punitivos se baseiam na idéia de que os seres humanos sempre têm medo

de serem punidos. Quanto mais punir, melhor se combate o crime. Assim, se um sujeito que urina na rua por estar bêbado for preso - sofrer pena de prisão, por exemplo -, nunca irá cometer delito mais grave, pois terá medo de ser punido novamente. É claro que a prisão é a pena ideal nesse modelo, afinal, não foi ainda encontrado melhor tipo de castigo. Aqui, pouco se cogita de penas alternativas.

Nessa linha, parecem basearem-se principalmente numa idéia de que a impunidade seja o cerne do problema, e de que um indivíduo hoje delinqüe porque não teme a pena que aí está. Afirmam esses discurso ainda, nas entrelinhas, que “esse é o problema”. Mas, seria essa a “causa” do crime? Por outro lado justificam-se também as penas mais severas com intuito de prevenção especial negativa que nada mais é que a neutralização do indivíduo infrator da lei penal, como no caso do Direito Penal do Inimigo.

Não há de se olvidar que toda formulação teórica que faça a promessa de combate ao crime chama atenção do público em geral que acaba por ver-se refém de uma sociedade criminógena. O medo faz com que o ingênuo se perca em meio a tanta informação, e faz ainda com que o discurso de punição tome proporções inimagináveis.

Uma crítica contundente ao atual panorama social merece espaço, sem dúvida. No entanto é necessário que a crítica se guie por meio da razão, vale dizer, por dentro de princípios de razoabilidade e coerência, sem se perder num imenso rol de especulações vazias e demagógicas, sob pena de ela própria, a crítica, se tornar mera retórica.

Com isso, verifica-se certo desprezo quanto aos avanços proporcionados pelas ciências criminológicas, restando demonstrar alguns fatores importantes a seguir.

2.3. O discurso penal populista e suas incoerências

Conforme pensamento de Gaio (2007, p. 3) [8], “O conceito de populismo punitivo é recente na literatura criminológica.” Assevera o referido autor que esta expressão fora formulada “para se referir a algumas características encontradas em alguns países e se refere às transformações operadas em sistemas penais e na justiça penal dos mesmos (GAIO, 2007, p. 3) [8].”

Um exemplo deste fenômeno é a recorrente discussão acerca dos trágicos delitos de trânsito fatais que ganham as manchetes de jornais e que aguçam as mais diversas manifestações do público leigo em Direito Penal.

Os usos de expressões estranhas para muitos, tais como, dolo eventual e crime culposos, se multiplicam em meio às inúmeras confusões dogmáticas perpetradas pelos mais diversos públicos, ainda que não se tenha sequer razoável conhecimento acerca destes institutos penais. Cabe pronunciar aqui os lúcidos comentários de Jorio (2012, p. 10) [9] que em recente artigo crítico à imputação de homicídio com dolo eventual nos delitos de trânsito faz alusão a esta questão se expressando nos seguintes termos:

A sociedade, acuada e, agora, supostamente consciente dos constantes riscos a que será submetida, passa a ter a obrigação de exigir das autoridades medidas cada vez mais drásticas. Não basta a lei penal; espera-se uma lei cada vez mais severa. Não basta a condenação; espera-se a punição exemplar.

Não há dúvida de que os inflamados reclamos sociais têm por pano de fundo uma

convicta conveniência política, se perfazendo mesmo uma ideologia, pautada em interesses de cunho político. Parafrazeando Gaio (2007, p. 4) [8] pode-se afirmar o que se segue:

Há no populismo penal uma aliança tácita entre grupos políticos e forças externas aos parlamentos como Organizações não-governamentais, grupos de pressão variados (daqueles que supostamente seguem as leis e normas vigentes) que advogam uma reconfiguração das penas e dos modos de aplicação das mesmas em direção à política da lei e da ordem.

Poder-se-ia ainda dizer, com relação direta àquela construção ideológica, que: “As teses principais do populismo punitivo são as de que a punição dura e a certeza da punição diminuiriam o número de crimes. As teses em questão sofreram duros golpes por parte de pesquisadores, muitos, inclusive, norte-americanos (GAIO, 2007, p.7). [8]”

E aqui cabe realizar algumas críticas, ainda que esteja mais que discutido este assunto, tanto na Academia quanto no exercício jurisdicional diário.

As orientações penais apontadas anteriormente pretendem dar ao direito penal uma supervalorização que não condiz com sua necessária realidade ontológica dentro de um Estado Democrático de Direito que é a condição de *ultima ratio* do ordenamento jurídico e que se apóia num princípio de intervenção penal mínima. De acordo com Mirabete (2000, p. 57), [10] “Pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, deixando os demais à aplicação das sanções extrapenais.”

Ainda, poder-se-ia afirmar:

É o chamado *princípio da intervenção mínima*, corolário do princípio da insignificância, cujo teor avoca à sistemática penal, apenas e tão somente, a tutela de bens jurídicos indispensáveis, condicionado a inexistência de outros mecanismos capazes de equacionar a ameaça (características da fragmentariedade e da subsidiariedade, respectivamente) (LYRA JÚNIOR; RODRIGUES, 2011, p. 1) [2].

De outro lado, através de um modelo de direito penal máximo, necessariamente, o direito penal se apresenta como *prima ratio*, e como dito no início deve ser uma suposta solução de todos os problemas humanos no campo da criminalidade. Seria o direito penal uma espécie de solução imediata, prontamente executada.

No entanto, essa lógica é no mínimo questionável visto tratar-se o crime de problema complexo. Se o problema é complexo, a solução tampouco o será. Isto deve ser enfatizado. O que é de se notar é a mentalidade que embasa o discurso e alimenta a fundamentação teórica que se traduz nestas doutrinas penais.

Inegável que o resultado de algo assim seria uma “higienização das ruas!” “Limpar”, por assim dizer, os centros urbanos. Retirar das ruas e por na prisão os delinquentes menos perigosos, mendigos, usuários de drogas, bêbados, prostitutas, trombadinhas, menores carentes e infratores etc. (Nesse sentido, também, CIRINO DOS SANTOS, 2013) [5]. Verifica-se que a tendência é a de punir o mínimo com o máximo de rigor, numa orientação ao estilo *New York*. Importante frisar que isso é botar a sujeira debaixo do tapete. Elimina-se o sintoma e subsiste a causa. Afirme-se isso desde já.

Mais do que repisado está o fato de que o crime ocorre por inúmeros fatores, não só por conta da falta de temor à pena. E dentre as causas do crime estão fatores de ordem biológica, física, psicológica e social. O fenômeno da impunidade é apenas uma das tantas causas da delinqüência.

Há muito a opinião pública se acostumou a exigir mais punição e a querer ver mais pessoas presas, ainda que o delito seja de menor potencial ofensivo, por acreditar que o rigor da pena é capaz por si só de impedir o delito, de impedir a reincidência. Sabe-se que isso não corresponde à realidade. Se assim o fosse, o problema já estaria resolvido. Afinal, no passado as penas já foram cruéis, de morte, mutilação, suplício, prisão perpétua, banimento, exílio etc., e nem por isso os crimes deixaram de ocorrer ao longo da História. Os comportamentos desviantes da norma social têm inúmeros aspectos a se avaliar, o que implica grande demanda de estudos sociais que não só na área do Direito.

Evidentemente, o direito penal não tem o condão de livrar a sociedade da violência. Na atual quadra histórica pode ele no máximo castigar e retribuir o mal praticado e ainda assim, devemos nos perguntar em quanto isso nos será útil, se não irá piorar as coisas.

Ressalte-se que nos dias atuais as penas na realidade são cruéis, apesar de mandamento em contrário expresso na Constituição Federal brasileira. Mas este é um fenômeno mundial. Um indivíduo condenado à prisão não perde só a liberdade. Perde mais que isso, perde inclusive a dignidade em muitos dos casos. Sofre as mazelas do cárcere, bastando-nos observar a cotidianidade das penitenciárias do Brasil. Há ainda um público seletivo a ser confinado no cárcere. Isso não se discute.

O discurso penal populista se apóia na massa para arquitetar modificações na lei

tornando-a mais severa e longa, impedindo a progressão de regime e abrandamentos jurídicos ao preso, enfim, dificultando sua saída da prisão. Monta-se numa curiosa mentalidade e percepção dos fatos sociais que perpassa as décadas sem nenhum constrangimento e questionamento crítico por parte da população e da mídia, o que de fato desencadeia inúmeros problemas, especialmente de compreensão das práticas penais. E paira sobre a sociedade uma atmosfera de ignorância e incompreensão da criminalidade e das mazelas sociais que a desencadeiam em grande medida.

2.4. Outros elementos para contraposição ao populismo penal

Longo o trajeto até se compreender que a prisão deve servir somente aos crimes mais graves e que deve haver penas alternativas à prisão para os menos graves. No entanto a pena alternativa deve ser efetiva, de modo a caracterizar a justa resposta penal ao comportamento não tolerado pela sociedade.

Além disso, deve-se ter em mente que a pena necessita ter sentido ressocializador. Deve buscar a recuperação do apenado e sua reintegração à sociedade, nos casos em que isso for possível e desejado pelo penitenciado, é claro. Para isso é preciso haver correta individualização da pena e tratamento adequado. A individualização da pena leva em conta que o indivíduo necessita de tratamento que se subsuma às suas características pessoais. Para Mirabete (2000) [10], individualizar é dar a cada apenado à prisão condições necessárias para sua reinserção social.

Nas hipóteses de efetiva intervenção do Direito Penal, a prisão não deve servir como depósito de gente e sim como reprimenda adequada a cada binômio delito-delinquente, fornecendo ao apenado o máximo de amparo para seu retorno à vida social.

A tragédia penitenciária perpetrada ao longo das últimas décadas tem conduzido muitos criminólogos a denunciar a falência da pena de prisão, que se já tornou algo de cristalino conhecimento de toda a sociedade. Cresce dia-a-dia o número de obras expondo as mazelas penitenciárias e, não obstante, apostando nas penas alternativas à prisão como meio mais eficaz para a reintegração social dos apenados (Nesse sentido, por exemplo, BITENCOURT, 2004) [11].

3. CONCLUSÃO

Para concluir, afirme-se, é preciso refutar com todo empenho as proposições de um Direito penal do Inimigo e, em alguns casos, até mesmo evitar manifestações acerca de seu conteúdo, optando-se pela abstenção, a fim de evitar ações sentimentalizadas e pouco científicas que em nada podem contribuir com a evolução da Ciência Penal (Nesse sentido, por exemplo, GRECO, 2005) [6].

Outro ponto importante seria: Embora esteja sedimentada no seio popular uma posição ideologizada do sistema penal com base, especialmente, nos discursos penais populistas de lei e ordem e de tolerância zero, no campo da ciência há inúmeras manifestações em sentido contrário que denunciam as falácias destas categorias, demonstrando suas incoerências e leviandades. Isto é o que se depreende numa análise mais geral das contribuições científicas em Direito Penal, Criminologia e política criminal.

Cabe realizar também, algumas observações em prol de um Direito Penal mínimo, sempre tendo em vista a construção democrática do Estado de Direito, que depende do Direito Penal, em certa medida. Em termos de considerações finais, segue-se contra o

discurso penal populista e a favor de um Direito Penal que tenha em mira a ressocialização se conduzindo por vias Democráticas de aplicação da lei penal.

Cumpra argumentar e denunciar que, em suma, há grande oposição à política criminal minimalista. Este é o quadro atual. A sociedade civil sofre com a violência e, segundo as teorias máximas do direito penal citadas ao longo deste trabalho, deve retribuir o crime com um mal ainda maior, ainda que esse mal seja algo desumano e retrógrado, que despreze garantias e direitos individuais da pessoa humana.

Sem dúvida seria um retrocesso a aceitação de qualquer movimento que buscasse a criação de novos tipos penais incriminadores apenas para satisfazer uma sanha punitiva. O mesmo pode-se dizer a respeito de tornar a pena mais severa para ações de menor potencial ofensivo.

Seria também um passo atrás em termos de política criminal o impedimento de progressões de regime, e outros benefícios ao preso, já submerso no mundo do crime e que precisa ao menos vislumbrar um novo tipo de vida em liberdade.

A pena de prisão em muitas vezes deixa as pessoas piores e isso não é nenhuma novidade. Deve-se pensar com seriedade se tornar a vida do preso mais difícil e indigna poderá afetar a vida na sociedade civil, dado o caráter criminógeno da prisão cada vez mais forte (BITENCOURT, 2000) [12].

Quando se afirma com o populismo penal que “faltam leis”, que “a lei deve ser mais severa”, ou ainda, que “o criminoso deve sofrer”, corre-se o risco de esconder o problema, esconder a realidade e fingir que se vive em uma sociedade livre, justa e

solidária, sem nenhum defeito, onde há o inimigo que deve ser expurgado e levar uma vida mais miserável que aquela que já leva, se é que isso é possível.

A construção de uma sociedade verdadeiramente democrática passa pela elaboração de um conceito democrático de responsabilidade penal. O Estado de Direito depende disso. E os aplicadores do direito têm também este encargo: fazer oposição às propostas penais que não encontram lastros num princípio Democrático, sob pena de fazer retroceder a sociedade aos períodos mais obscuros da persecução penal e da arbitrariedade.

4. REFERÊNCIAS

- [1] JAKOBS, Günter. Sociedade, norma e pessoa. Teoria de um direito funcional. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole; 2003.
- [2] LYRA JÚNIOR, Richard Paes; RODRIGUES, Lincoln Almeida. Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido. Jus Navigandi. Teresina, ano 16, n. 2998, 16 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20003>>. Acesso em: 26 jan. 2013.
- [3] JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. Jus Navigandi. Teresina. Ano 13. Nº 1653. 10 jan. 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 22 jan. 2013.
- [4] GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br>. Acesso em 20 de jan. de 2013.
- [5] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O Direito Penal do Inimigo – Ou o Discurso do Direito Penal Desigual. Disponível em www.cirino.com.br, Acesso em 20 de jan. de 2013.
- [6] GRECO, Luís. Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI. Nº 7. Dezembro de 2005.
- [7] PUPO, Matheus Silveira. Os direitos humanos do inimigo – in. *IBCCRIM*, 2010. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em 20 de jan. 2013.
- [8] GAIO, André Moysés. O populismo punitivo no Brasil. Revista da OAB, Juiz de Fora, p. 11 - 11, 01 jun. 2007
- [9] JORIO, Israel Domingos. O Fetiche do Dolo Eventual. Boletim IBCCRIM, Ano 20, Nº 230. Janeiro. 2012.
- [10] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Vol. 1 Parte Geral. 16ª Ed. São Paulo: Atlas; 2000.
- [11] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva; 2004.
- [12] BITENCOURT, Cezar Roberto. Pena de Prisão Perpétua. Brasília: Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” - Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. 1999. Revista CEJ, V. 4 n. 11 mai./ago. 2000. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/345/547>. (Acesso em 29 de dez. de 2011).