

## O Direito Penal Moderno entre a expansão e o punitivismo: a necessidade de reconstruir a racionalidade.

*Modern Penal Law between its expansion and punitivism: the need to rebuild the rationality*

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Doutorando do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGDS/UNESC), mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD/UFMS). Email: igor.gomide@yahoo.com.br

### RESUMO

O direito penal, desenhado modernamente como instrumento de atuação estatal em ultima ratio, ou seja, em última instância, tem sofrido diversas mutações. Seja pela expansão do direito penal (por meio da proteção de bens jurídicos não-essenciais à sociedade) ou pelo punitivismo (pelo aumento da aflição das penas cominadas aos crimes já existentes), a persecução penal - e o clamor popular por ela - tem se afastado de suas características originárias. Tais mutações, frutos de grandes alterações sociais, tem se fortalecido pela forma espetacularizada de atuação dos poderes do estado. Executivo, Legislativo e Judiciário se tornaram reféns de estratégias populistas que lançaram mão para mobilização social. O direito penal, inserido como protagonista neste espetáculo, aprofunda-se e expande-se, em um sistema contraproducente e contraditório. Tal espetáculo e as emoções por ele catalisadas, afastaram a racionalidade penal moderna que, embora extremamente criticável, ainda detinha uma lógica interna. É necessário reconstruir o Direito Penal para reencontrar a racionalidade, voltando aos seus fundamentos e reestabelecendo os critérios racionais de cominação de crimes, para que nem toda criação de tipos seja tida como expansão e nem toda comoção social seja causa de tipificação. A partir desta ótica, buscou-se mostrar que a tipificação da homofobia, embora seja uma nova proteção no sistema penal, não é resultado da expansão deste, mas reconhecimento (um tanto quanto tardio) da igualdade de sexualidade como um bem jurídico que necessita ser protegido. Palavras-chave: racionalidade penal moderna, punitivismo, expansão do direito penal, homofobia.

### ABSTRACT

The criminal law, designed modernly as an instrument of state action in ultima ratio, in other words, in the last instance, has undergone several mutations. Whether through the expansion of criminal law (through the protection of nonessential juridical goods to society) or punitivism (by increasing the pain of penalties commensurate with existing crimes), criminal prosecution - and the popular outcry for it - have been gone away from its original characteristics. Such mutations, results of massive social modifications, have been strengthened by the spectacular performance of the State Powers. Executive, Legislative and Judiciary have become hostages of populist strategies that they have made use for social mobilization. The criminal law, inserted as protagonist in this spectacle, deepens and expands, in a counterproductive and contradictory system. Such a spectacle and the emotions it catalyzed moved away the modern penal rationality which, although extremely objectionable, still had an internal logic. It is necessary to reconstruct the Criminal Law to rediscover rationality, going back to its foundations and reestablishing the rational criteria for committing crimes, so that not all type creation is considered as expansion and not all social commotion is a cause of typification. From this point of view, the aim was to show that the definition of homophobia, although it is a new protection in the penal system, is not the result of the expansion of this, but acknowledgment (a little late) of the equality of sexuality as a legal asset that needs to be protected.

Keywords: modern criminal rationality, punitivism, expansion of criminal law, homophobia.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerar o Direito Penal como *última ratio* é uma daquelas considerações tão repetidas e normalizadas que se esquece que na verdade, é uma construção moderna sobre um instituto que, em sua transformação pelas eras e pelas culturas, existe há milênios. Sem risco de incorrer em anacronismos, afinal, a punição ao indivíduo que atenta contra um valor socialmente relevante existe desde que se há registros acerca da humanidade. O que se modificou com o passar dos anos foram a forma de processo, as formas de se punir e - claramente - os valores considerados como socialmente relevantes.

Numa concepção moderna, portanto, o Direito Penal é a última ferramenta do Estado para coagir indivíduos a respeitarem as normas basilares da vida em sociedade. Para aplicá-lo, é necessária extrema burocracia (o devido processo legal) e certeza de que o fato não simplesmente ocorreu e é típico, mas quem o praticou é culpável e passível de sofrer punições.

Este engessamento da estrutura criminal tem provocado extremas dissonâncias na realização da política criminal, especialmente devido a dois fatores: a necessidade de uma rápida resposta em uma sociedade imediatista; e a criação de um espetáculo em torno da tomada de decisões políticas.

A sociedade do espetáculo, que antes na máquina estatal se restringia a círculos eleitorais e posteriormente à atuação política dos candidatos empossados, adentrou os círculos judiciais por diversos fatores: pressão midiática, mobilização popular, busca por heróis, entre outros. Neste trabalho, estuda-se quais os reflexos dessa espetacularização da política criminal para o próprio direito penal.

Como efeitos mais patentes temos a expansão do direito penal e o aumento do punitivismo, que distorcem os objetivos e fundamentos essenciais à filosofia deste e provocam distorções bárbaras. Tais efeitos, quando combatidos per se, não solucionam a crise do pragmatismo penal, podendo ter efeitos reversos. Visando demonstrar que a expansão do direito penal não é toda e qualquer criação de tipos legais, estudou-se a recente (e tardia) criminalização da homofobia.

É necessário reconstruir as estruturas do Direito Penal, reforçando seu status por meio do afastamento do pragmatismo punitivista e reacendendo as discussões sobre sua racionalidade. Há muito que se questionar no modo coercitivo de atuação estatal, principalmente por meio de suas forças repressoras, mas isso só pode ser feito quando há um método científico sendo aplicado.

## 2 O DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Modernamente, concebe-se o Direito Penal como o ramo jurídico que protege os bens jurídicos mais caros à sociedade. De construção originariamente liberal, os bens jurídicos surgiram como aqueles direitos de cada cidadão (BIRNBAUM, 2010) tem de se proteger contra o Estado e contra a própria sociedade, hoje lecionados como os direitos humanos de primeira geração.

Neste sentido, o Direito Penal torna-se, portanto, o guardião das penas mais severas contra aqueles que violam normas de comportamento básicas, que lesem ou mesmo coloquem em risco tais bens jurídicos. A punição seria, portanto, equivalente à importância do bem jurídico lesado (ou arriscado) e ao dano à ele causado, estabelecendo os primeiros passos para uma racionalidade penal (BECCARIA, 1764).

A partir do momento em que a punição estatal deixa de ser um castigo divino imposto pela representação do místico na Terra, tem-se dois desdobramentos naturais. O primeiro é que o direito de punir do Estado torna-se, na mais pura expressão do imperativo categórico kantiano, um dever de punir (FOUCAULT, 1987). Secundariamente, a punição torna-se uma resposta social negativa de reprimenda a quem lesa a sociedade (e não a própria divindade) – sendo social, é necessário não apenas proporcionalizar as penas como estabelecer seus limites.

Enquanto o soberano era absoluto, a pena era um castigo. Sanson afirma (*apud* VALDÉS, 1982) que até 1791, o Código Criminal francês era um arcabouço de crueldades. O objetivo da pena era simples: prevenir a pena pelo terror imposto aos súditos. Desta forma, portanto, a pena não era valorada em si mesma, muito menos o direito penal – ambos eram instrumentos do espetáculo do poder estatal. Tal perspectiva somente se alterará com a confluência de vários fatores, internos e externos ao direito.

Internamente, há a preocupação com a fundamentação da soberania, como questionada por Hart, o qual afirmava que:

... fraqueza da doutrina [da época] consiste em obscurecer ou distorcer o outro aspecto relativamente ativo que é discernido primeiramente, ainda que não exclusivamente, nos atos de criação, identificação e aplicação do direito pelos funcionários ou peritos do sistema (HART, 1994, p. 62).

Tal crítica será corresponsável pelo desenvolvimento das teorias contratualistas. Representadas principalmente por Hobbes, Locke e Rousseau, o Contrato Social seria um pacto, claramente ficcional, estabelecido pelos membros da sociedade, os quais abririam mão de direitos individuais para que uma criação externa, o Estado, fosse não apenas um mediador de conflitos como estabelecedor de regras e ordenamentos que os indivíduos se obrigam a seguir.

Externamente ao campo jurídico, haverá um grande fluxo de mão-de-obra dos feudos (campo) para os burgos, propiciando um caos social nestes últimos. Sem conhecimento técnico para entrarem no mercado de trabalho e desprovidos das mais básicas condições de sobrevivência, estes ex-camponeses viam-se na situação de cometer furtos famélicos e invadir propriedades para ter um local seguro.

Diante desta massa de miseráveis e delinquentes e tendo em vista a formação teórica de um pacto entre iguais, a pena de morte e as punições físicas passaram a serem inconvenientes do ponto de vista prático e incompatíveis do ponto de vista teórico (MELOSSI; PAVARINI, 1985). As casas de trabalhos forçados (as *workhouses* holandesas) serão um desenvolvimento da legislação descrita por Marx (2004, p. 723), que pega como exemplo a britânica:

Quando se descobrir que um vagabundo esteve vadiando por 3 dias, ele deverá ser conduzido à sua terra natal, marcado com um ferro em brasa no peito com a letra V e acorrentado para trabalhar nas estradas ou ser utilizado em outras tarefas. Se o vagabundo informar um lugar de nascimento falso, seu castigo será o de se tornar escravo vitalício dessa localidade, de seus habitantes ou da corporação, além de ser marcado a ferro com um S. Todas as pessoas têm o direito de tomar os filhos dos vagabundos e mantê-los como aprendizes: os rapazes até os 24 anos, as moças até os 20. Se fugirem, eles deverão, até atingir essa idade, ser escravos dos mestres, que poderão acorrentá-los, açoitá-los etc., como bem o quiserem.

As *workhouses* se desenvolvem, portanto, fazendo a interconexão entre a necessidade de produção fabril nos centros urbanos com a necessidade de se solucionar os problemas enfrentados pelo êxodo rural ao fim do feudalismo - a vadiagem e os pequenos furtos. Sendo inviável (e desinteressante) executar ou expulsar a quantidade de criminosos, a privação da liberdade dessas pessoas marginalizadas torna-se uma opção:

O cárcere representa a materialização de um modelo ideal de sociedade capitalista industrial, um modelo que se consolida através do processo de desconstrução e

reconstrução contínua de indivíduos no interior da instituição penitenciária. O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário (DE GIORGI, 2006, p. 45).

Ganha fôlego a ideia de correção: a inserção destes miseráveis no mercado de trabalho por meio do encarceramento, trabalho e disciplina. Tal medida solucionaria ambos os problemas: a segurança pública, pela marginalização de pobres e vagabundos; e o déficit de trabalhadores em ofícios básicos, como nas fábricas e galés.

É importante observar que, neste primeiro momento, a substituição de penas físicas por penas privativas de liberdade não é acompanhada por políticas públicas que garantam funções a médio e longo prazo da pena, mas surge como uma resposta rápida e eficaz aos problemas imediatos da sociedade da época. Posteriormente, destacam-se os estudos de Beccaria (1764), Howard (1777) e Bentham (1830), que fundamentarão e consolidarão pontos de vista da pena (e do direito penal) – todos eles dando especial destaque à funções da pena, sejam em relação ao apenado, à vítima ou à sociedade como um todo. Tais trabalhos darão bases para a construção do direito penal moderno e seus princípios. Beccaria (2013, p. 31), por exemplo, afirma sobre a pena capital:

O espetáculo atroz, mas momentâneo, da morte de um celerado é para o crime um freio menos poderoso do que o longo e contínuo exemplo de um homem privado de sua liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que repara com trabalhos penosos o dano que causou à sociedade. Essa volta freqüente do espectador a si mesmo: "Se eu cometesse um crime, estaria reduzido toda a minha vida a essa miserável condição", - essa idéia terrível assombraria mais fortemente os espíritos do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa obscura distância que lhe enfraquece o horror.

Ora, se o Direito Penal protege os bens jurídicos mais caros à vida em sociedade, como a vida, o patrimônio, a integridade corporal, entre outros, será ele o guardião das penas mais severas, pela racionalidade proporcional. Desta sorte, a sua aplicação deve ser quando não há mais nenhuma outra possível solução para o ato que viola as normas de comportamento e suas consequências.

Ou seja, teórica e filosoficamente, o Direito Penal somente seria aplicado quando não fosse possível restaurar o *status quo ante* o ato lesivo. Até porque, logicamente, a simples imposição de uma punição ao indivíduo infrator de uma norma de conduta não tem poder de ressarcir ou reparar o dano causado, seja ao indivíduo, seja à sociedade (FERRAJOLI, 2002). A pena, conforme a

tradicional doutrina penalista, tem função meramente retributiva ou preventiva, tendo como único possível efeito à vítima a satisfação de um desejo de vingança.

Essa idealização de uma vingança é reforçada pelo espetáculo social na qual ela se apresenta. Essa espetacularização é um reflexo social que se desenvolve e permeia todas as relações sociais a partir da segunda metade do século XX. Debord (1997, p. 20) afirma que atualmente “toda a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era diretamente vivido se afastou numa representação”.

Tendo o discurso como força motriz das escolhas sociais (SANTOS, 2018) e fins tecnicistas-mercadológicos (JAKOBS; MELIÁ, 2012) pela mobilização da população, transformando o direito penal em uma coerção meramente simbólica.

Sendo o processo penal um símbolo, a aplicação de penas torna-se meramente pragmática. As penas deixam de ter uma função social, seja de prevenção geral ou especial e voltam a um *status* de mera retribuição. Nesta ótica, porém, não com interesse em que o indivíduo reflita sobre sua conduta ou que ela provoque uma reflexão em toda a sociedade sobre as consequências das práticas delitivas; mas sim na satisfação social promovida pelo sofrimento alheio.

Se no séc. XVIII o Código Criminal francês era um arcabouço de crueldades com vistas à satisfação de um sadismo do soberano, o Direito Penal moderno transmuta-se no instrumento sádico da população - tecnicamente, soberana. Tal população, acuada pela espetacularização dos eventos sociais, especialmente os delituosos, vê-se imersa em diversos riscos, potencialmente vítima a todo momento.

Acuada, amedrontada, a resposta está no aumento do punitivismo e na expansão do direito penal. Penas cada vez maiores, em regimes cada vez mais rígidos e para violações (ou possíveis violações) de cada vez um rol maior de direitos e valores, com objetivo de proporcionar, mesmo que momentaneamente, uma leve sensação de segurança a cada delinquente capturado e aflitosamente punido.

Tal movimento de assoberbação da cominação de penas e de busca pela maior aflicção do apenado é acertadamente descrito por Meliá e Jakobs (2012) como uma nova face do punitivismo, o qual é acompanhado por uma expansão da atuação do Direito Penal, com fins puramente eleitoreiros, retirando da política criminal qualquer caráter científico.

### 3 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E CRISE DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

Como resultado desse processo de espetacularização social, a pena recobra seu caráter pré-moderno, embora sua função não seja necessariamente de amedrontamento, mas de diversão e satisfação social. O Judiciário então passa a assumir um protagonismo noticioso, e parte das principais discussões sociais.

A inércia do Legislativo, que se evade da regulamentação de muitos temas, bem como a atuação por vezes desregrada do Executivo - segundo dados do Painel CNJ, em 2018 estavam abertos 8.860 processos criminais de abuso de autoridade em todo território nacional (CNJ, 2018) - criam o ambiente ideal para o ativismo judicial. Dentro das diversas consequências nos vários ramos do Direito, foca-se neste trabalho na percepção social do processo penal, especialmente da cominação de penas.

O sentimento de prazer ao punir o delinquente promove diretamente uma ânsia por participar deste processo, que se desdobra em duas consequências: na primeira, o indivíduo passa a querer tomar para si o papel de executor da pena, furtando ao Estado o *ius puniendi* e agindo como investigador, acusador, julgador e carrasco. Na segunda, em uma expansão do direito penal.

Quando o Judiciário passa a ocupar o noticiário e, conseqüentemente, se importar com a opinião popular advinda deste, a política criminal alcança novos níveis de contorcionismo ideológico.

Não fossem suficientes os problemas provenientes de uma técnica legislativa midiática e preocupada com a recepção da opinião popular, está guiada pelo discurso espetacularizada que vende soluções rápidas, fáceis e agressivas; os próprios julgadores “afirmam explicitamente que estão infligindo uma pena severa de tantos anos de prisão em razão da ‘forte publicidade’ de um caso na mídia” (PIRES, 2004, p. 54).

Como protagonistas, os juízes criminais passam a ser considerados arautos da Justiça, aqueles que contém a resposta necessária (e violenta) para conter o avanço da selvageria, e eles mesmos incentivam essa percepção de duas maneiras, conforme Pires (2004, p. 51):

Com a recepção do público pelo sistema penal, aquele começa a participar direta e indiretamente do saber jurídico e das decisões dos tribunais na determinação do que é ‘direito’ ou ‘justiça’. Participa diretamente quando os tribunais se referem explicitamente ao clamor público, à opinião pública ou à midiaticização de um caso (...) indireta quando os tribunais se atribuem a função de ‘orientar o público, ‘guiar

a opinião pública', ou quando atualizam uma teoria da pena que foi construída tendo em vista o público.

Na participação direta do público trazida por Pires tem-se um Judiciário que emite uma decisão num caso concreto reagindo à opinião pública - ou seja, quantificando a pena de um acusado (ou até mesmo justificando o estabelecimento de uma pena) a partir da reação popular, abandonando os critérios científicos estabelecidos pela própria racionalidade penal moderna.

Já na participação indireta, há uma completa descaracterização do Judiciário, já que este emite decisões com o fim de mobilizar a opinião pública para determinados assuntos. Nesta atuação, o Judiciário fia-se de construtor de políticas públicas gerais (tendo em vista que o objetivo é mobilizar uma comoção social), travestindo-se de Executivo, com o fim de mobilizar a opinião pública por meio de uma punição severa, cujo objetivo final é a modificação de uma política criminal legislativa.

Em ambas as atuações a pena torna-se um instrumento não para trazer a ressocialização, para possibilitar o convívio em sociedade, sequer para retribuir ao agente do delito o mal que este fez à sociedade; mas sim de manipulação da opinião pública: seja para acalmar ânimos, seja para provocá-los.

Jogar com a opinião pública já é um risco social quando se tem a atuação da Administração Pública. Quando tal conduta é proveniente do Judiciário ao aplicar a lei penal a situação se torna ainda mais perniciosa.

Quando se considerava a pena pelo seu caráter retributivo, ou seja, a devolução do mal social causado pelo indivíduo, o foco era estabelecer em primeiro plano uma vingança da vítima, e em segundo plano, a satisfação e sensação de segurança social, pela crença de que as lesões aos bens jurídicos seriam sancionadas. Porém, na sociedade do risco, caracterizada pela liquidez e constante sensação de insegurança (BAUMAN, 2006), o todo sente pelo um. A vingança se coletiviza, bem como a satisfação ao ver o delinquente (agora como o Outro) sendo punido.

Tal coletivização é vista não apenas pelo aumento de agressividade do discurso social, mas diretamente pelos crescentes casos de espancamentos de indivíduos pegos em flagrante pela população. Casos em que indivíduos usurpam o *jus puniendi* estatal para praticar humilhação, tortura e cárcere para com aqueles que julgam criminosos tornaram-se não apenas cotidianos como incentivados pela mídia:

Na edição de ontem (4) do jornal SBT Brasil, ela [a jornalista Rachel Sheherazade] exaltou o comportamento de um grupo de pessoas que resolveu punir a seu modo um adolescente de 16 anos acusado de cometer furtos no bairro do Flamengo, no Rio de Janeiro (RJ). O rapaz foi preso nu a um poste, com o pescoço acorrentado por uma trava de bicicleta, teve parte da orelha cortada e só foi libertado depois que uma moradora da região chamou os bombeiros para libertá-lo. (CONGRESSO EM FOCO, 2014).

Já a expansão do direito penal reflete-se na criminalização de condutas que, num conceito tradicional de bem jurídico, não necessitariam ser protegidas em âmbito penal. Seja porque o dano causado a tais bens jurídicos pode ser facilmente restaurado, o que permitiria o abarcamento da matéria por outro âmbito do Direito que não pressuponha uma interferência severa do Estado nos direitos do agente (como o cível, trabalhista ou administrativo) ou porque aquele bem jurídico já foi relativizado socialmente pela própria cultura.

Como expressão do primeiro, a desnecessidade de movimentação da persecução penal e suas consequências, é possível verificar no caso do tipo penal brasileiro da autoacusação falsa, contida no artigo 341 do Código Penal, o qual reza: “Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem” (BRASIL, 1941).

Uma das alternativas deste tipo penal em comento considera como crime contra a Administração Pública o ato de acusar-se (sem necessariamente que desta autoacusação venha a se movimentar a máquina estatal, o que ensejaria custos) perante uma autoridade de um crime que sequer exista no ordenamento jurídico.

Já um bem jurídico relativizado social e juridicamente que continua a ser protegido pelo Direito Penal é o matrimônio. Quando da positivação do Código Penal, na década de 1940, o matrimônio era absoluto, indissolúvel. Atualmente, sendo possível encerrá-lo por meio do divórcio ou equiparar-se a ele em simples contrato civil ou reconhecimento judicial posterior de união estável, continua a ser tutelado pelo Direito Penal, tendo um capítulo inteiro destinado à sua proteção.

Tal proteção justifica-se em um apego à tradição - aos bons costumes e valores morais tidos como antigos e necessários à organização social. Porém, como Hobsbawm e Ranger (2008) demonstra tais elementos, como a indissolubilidade matrimonial em vários setores religiosos como cristãos, muitas vezes são releituras descontextualizadas de rituais realizados pragmaticamente, tidos como discursos intocáveis porém normalmente ignorados. O Datafolha (2007) traz pesquisa

que afirma que:

O percentual favorável ao divórcio é de 71% entre a população, como um todo, e de 74% entre os católicos. Os menos favoráveis são os evangélicos, mas, ainda assim, a maioria deles (59%, tanto entre pentecostais quanto entre os não pentecostais) apoia o divórcio.

A proteção penal a tais bens jurídicos, injustificável mediante um paradigma de *ultima ratio*, comprova a expansão do Direito Penal. Esta expansão se dá por meio de um processo tipicamente de política criminal.

Segundo Delmas-Marty (2004, p.03), política criminal é “o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. Para este trabalho aborda-se a face penalista da política criminal, que, embora se funde em princípios do direito penal, é a compreensão da prática legislativo-judiciária do Direito Penal, não apenas aplicando-o por meio das instituições executivas e judiciárias do Estado mas também modificando-o pelo Legislativo.

A perspectiva penal de política criminal, em sendo um processo intimamente ligado às instituições ocupadas por cargos eletivos, tende a se afastar de caracteres científicos, submetendo-se muitas vezes à pesquisas de opinião (SANTOS, 2018). A realização dela por meio de medidas populistas não é raro, já que medidas extremamente autoritárias e de punição severa geram uma dupla sensação prazerosa à população: vingança e segurança, sentimento este característico de um Direito Penal pré-moderno, essencialmente retributivista (KANT, 2004).

Além do desenvolvimento de um Direito Penal expandido, tem-se o Direito Penal Máximo: mais tipos penais. maior severidade na cominação de penas e maior rigorosidade na sua execução.

A busca pela criminalização de condutas (como o PLS 460/2016, que visa criminalizar a instigação ao aborto) que violam - ou possam vir a causar uma violação - bens jurídicos se torna, neste contexto, uma moeda de troca por apoio político; bem como a não-descriminalização de outras (como o PLS 236/12, que prevê a descriminalização do porte de entorpecentes para consumo próprio, que enfrenta barreiras para sua discussão e tramitação), gerando falhas e incongruências no ordenamento jurídico que tendem, com o seu acentuamento, a ficar cada vez mais gritantes.

Tal movimento preconiza não só um risco aos direitos humanos (pelo clamor social sanguinário proveniente da espetacularização do processo penal) e a própria banalização do *jus puniendi* estatal, já que a máquina de persecução se movimenta por qualquer tipo de violação ou

perigo a bens jurídicos, até mesmo aqueles cotidianamente relativizados pela vida em sociedade.

Desta forma, é possível identificar a expansão do direito penal brasileiro em dois *fronts*: o primeiro de resistência à descriminalização de bens jurídicos que tiveram seu valor relativizado com o passar dos anos, ancorado em um conservadorismo reacionário de forte apego em tradições pasteurizadas. Porém não é toda cominação de novos delitos (ou qualificadoras) que implica necessariamente numa expansão do Direito Penal ou na aplicação de um Direito Penal Máximo.

#### **4 A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Se é patente que o Direito Penal protege apenas os bens jurídicos mais importantes à sociedade, seria necessário que a cominação de novos tipos legais, bem como sua exclusão, fosse justificada por uma transformação social relevante. Há de que se considerar que, em uma interpretação sistêmica dos princípios jurídico-penais, a exclusão de uma norma penal é procedimento ainda mais dependente da transformação social que a inclusão de um novo tipo. Explica-se.

Proteger um bem jurídico pela norma penal é o reconhecimento estatal de sua importância. Tal ação, referendada pelo formalismo do princípio da Reserva Legal e da *ultima ratio* de aplicação do Direito Penal, é uma demonstração do poder de coerção do Estado para reprimir ofensas aos direitos dos indivíduos que compõem a sociedade. Quando o legislador protege um bem jurídico, está a dizer para todos que este é importante; quando o legislador retira a proteção penal a um bem jurídico, afirma que, embora ainda não se possa violá-lo, ele não tem mais tanta importância social.

Desta forma, descriminalizar a lesão a um bem jurídico ainda socialmente relevante é uma ação mais temerária que a morosidade em proteger um novo bem jurídico, tanto em matéria de política criminal quanto em discurso do Estado. Mesmo assim, há pontos de inflexão em que os limites de atuação do Direito Penal precisam ser alterados.

Assim o foi, por exemplo, na descriminalização do adultério, como um crime cuja pena era de morte à época das ordenações filipinas para um ato tido como comum, embora imoral, da vida civil na atualidade (ICIZUKA; ABDALLAH, 2007). Na exposição de motivos do Código Penal, decretado em 1940, a opção pela continuidade de criminalização do adultério, afirma o legislador que “... o exclusivismo da posse sexual é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito

constitucional que coloca família sob proteção do estado” (BRASIL, 1940, s/p)

O conceito de casamento como posse sexual, ainda comum na primeira metade do século XX, não se verifica mais na sociedade atual que se pretende construir, principalmente devido aos movimentos de emancipação feminina. Não há como considerar que, por meio de contrato, um indivíduo se torne posseiro (em qualquer circunstância) de outro. Com o desenvolvimento do papel feminino na sociedade, motivado pelas sucessivas guerras mundiais e ratificadas em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a assunção à postos no mercado de trabalho e o direito à vida autônoma, voz e voto, era incompatível com a nova realidade que se apresentava a subjugação da mulher ao seu cônjuge. Considerando o direito como produto cultural, conforme propõe Radbruch (2010), a transformação da norma social precede a transformação da norma jurídica.

Assim também afirma Melo (1994, p. 89): “a perda da eficácia da norma jurídica pode dar-se (...) também por razões ligadas ao descompasso entre a norma e as crenças, expectativas e valores ocorrentes no corpo social”, motivo este que, para o Direito Penal deve ser primordial até mesmo para justificar as proposições legais. Da mesma forma, acompanha-se atualmente o debate acerca da descriminalização do uso de entorpecentes, relativizações acerca da poligamia, entre outros bens jurídicos que não há mais uma tensão social em que seja necessária sua proteção

Por outro lado, novos bens jurídicos se tornaram penalmente protegidos, não sem menos discussões e tensões legislativas. As práticas racistas são exemplos disto - convertidas de ações da vida cível comuns para contravenções em 1951 (pela Lei Afonso Arinos, Lei n 1590/51) e em crimes pela Lei do Racismo, a Lei n 7716 em 1989 (MUNIZ, 2007), tratando-se a igualdade como bem jurídico extremamente importante a ser protegido pelo Direito Penal. Tal concepção de igualdade abarca não apenas o conceito racial, mas o de gênero e religião, conforme o próprio texto legal afirma em seu art. 1, que foi modificado em 1997: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” (BRASIL, 1989).

Tal entendimento de proteção à igualdade mesmo em caracteres religiosos foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Ellwanger, no julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS.

## 5 CONCLUSÃO

O reconhecimento da existência da expansão do Direito Penal e a necessidade de reduzir o seu escopo de atuação não significa, porém que tais condutas a serem excluídas do âmbito da persecução penal devam ser aceitas ou normalizadas institucionalmente, nem mesmo que não seja viável ou possível estabelecer novos tipos penais. É possível compatibilizar a criação de novos tipos penais em um Direito Penal Mínimo e reduzido.

Se o Estado exige uma racionalidade de agir do indivíduo (conforme o finalismo de Welzel), é necessário que a resposta estatal ao descumprimento das normas de conduta também seja racional. A política criminal precisa ser balizada por critérios científicos sob risco de acabar trazendo maior desordem social.

Considerando que o fim do Direito Penal não seja a simples retribuição individual de um mal feito à sociedade, mas prevenir (seja individual seja coletivamente) a prática reiterada de crimes, permitindo a convivência social, é necessário resgatar o seu caráter científico.

O primeiro passo é reorganizar racionalmente o catálogo de bens jurídicos relevantes socialmente a ponto de ser necessária a punição criminal para atos que os violem. Racionalmente porque, embora seja inviável valorar os bens jurídicos sem discutir moral, é necessário afastar a carga sentimental dos discursos inflamados socialmente divulgados para dar lugar ao método científico.

Idealmente, o segundo passo seria redistribuir os tipos de pena pela sua efetividade comprovada, bem como pela possibilidade do Estado de fornecer os meios necessários para o cumprimento de seus objetivos. A pena não pode se tornar um fim em si mesmo. Se o Estado afirma que é obrigatório o trabalho para os condenados que estiverem em regime fechado, que sejam fornecidas as condições para que este trabalho seja executado e os apenados se insiram no âmbito social. Caso as condições financeiras do Estado não permitam tal ressocialização por meio da privação de liberdade, outras formas de pena alternativa devem entrar em cena - a não ser que a concepção e objetivo da pena sejam a simples vingança social e o sofrimento do apenado.

Por fim, é necessário que se produzam estudos periodicamente para compreender qual a efetividade da aplicação das penas na reincidência, bem como na inserção social dos apenados e a sua percepção social, para que a política criminal seja, de fato, uma política pública.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Pillares, 2013.

BIRNBAUM, Johann M F. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Valparaíso: Edeval, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 12 mar 2019.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm)>. Acesso em 12 mar 2019.

CONGRESSO EM FOCO. Psol representará contra o SBT por apoio à tortura e linchamento. **Congresso em Foco** [online], Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/psol-representara-contra-o-sbt-por-apoio-a-tortura-e-linchamento/>>. Acesso em 20 fev 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel CNJ**. Disponível em <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>. Acesso em 12 mar 2019.

DATAFOLHA. **Católicos divergem da Igreja em relação à divórcio, segundo casamento e uso de camisinha**. São Paulo, 05 de maio de 2007. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2007/05/1223867-catolicos-divergem-da-igreja-em-relacao-a-divorcio-segundo-casamento-e-uso-de-camisinha.shtml>>. Acesso em 16 fev 2019.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri: Manole, 2004.

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

HART, Herbert L A. **O Conceito de Direito**. Coimbra: Fundação Calouste, 1994.

HOBSBAWM, E.; RANGER, T. **A Invenção das Tradições**. 6a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

ICIZUKA, Atilio de Castro; ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad. A trajetória da descriminalização do adultério no direito brasileiro: uma análise à luz das transformações sociais e

da política jurídica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007, p. 212-234.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 2004.

MARX, Karl. **O capital**: livro 01.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. 136 p.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX**. 2a. ed. Cidade do México: Siglo XXI, 1985.

MUNIZ, Ronaldo, P. Crimes decorrentes de preconceito - Lei 7.716/89: análise dos princípios e dos mandados de criminalização. **Revista intertemas**, Presidente Prudente, n 1, v. 12, 2007, p. 249-280.

PLANALTO. Constituição federal de 1988 aguarda regularização de mais de 100 artigos. Brasília, 30 out 2018. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/constituicao-federal-aguarda-regularizacao-de-mais-de-cem-artigos>>. Acesso em 12 mar 2019.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, nº 68, v. 1, mar 2004, p. 39-60.

SANTOS, Igor G. D. G dos. **A participação popular como alternativa para a crise da democracia representativa brasileira**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande.

VALDÉS, Carlos G. **Estudios de Derecho Penitenciario**. Madrid: Tecnos, 1984.