

## A VIOLÊNCIA E A BANALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL

Francine Pereira Jacobs<sup>1</sup>

**RESUMO:** Atualmente tem se verificado a exacerbação das punições e as edições, cada vez mais constantes, de leis criminalizantes. O aumento da violência é uma das justificativas apresentadas para esse fenômeno. Por esta razão, o Direito Penal vem sendo banalizado, se afastando de seus princípios norteadores, quais sejam, o da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade. Dentro deste contexto, iremos comparar o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo, com incursão no movimento da Lei e da Ordem e no Direito Penal do Inimigo. Desta forma, pretendemos demonstrar que a violência, embora não seja o único fator, tem grande influencia neste fenômeno, porém, que o direito penal deve ser reservado a hipóteses especialmente relevantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal Máximo. Direito Penal Mínimo. Violência. Excesso de leis. Criminalização. Intervenção mínima.

**Abstract:** Currently has verified the exacerbation of punishments and issues increasingly constants in criminalizing laws. The increased violence is one of the justifications for this increasingly constant phenomenon. For this reason, the criminal law has been trivialized, moving away from its guiding principles, namely, that of the *ultima ratio*, subsidiarity and fragmentariedade. Within this context, we will compare the minimum and the maximum criminal law criminal law, foray into motion Law and Order and the Criminal Law of the Enemy. Thus, we intend to demonstrate that violence, although not the only factor, has great influence on this phenomenon, however, that criminal law should be reserved for especially relevant hypotheses.

**Keywords:** Maximum Criminal Law, Criminal Law Minimum Violence Excess laws, Criminalization, Minimal intervention.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito, UFPEL e Pós-graduanda em Direitos Humanos e Cidadania. Campus de Jaguarão – RS; UNIPAMPA. francinejacobs@terra.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira tem se verificado um fenômeno repetitivo na seara legislativa, a edição de leis penais mais rigorosas. Cada vez mais condutas imorais e antiéticas estão tipificadas como crime, ao passo que, os crimes já qualificados vem sendo gradativamente punidos com maior severidade.

A violência surge como uma das principais concausas para determinar a criminalização de determinadas condutas, ou, o agravamento das penas dos delitos já existentes.

Sob o argumento do aumento da criminalidade, o que se vê é um agigantamento de edições de novas leis penais, ou, o enrijecimento das penas dos crimes já existentes, consequência disso, é o exacerbamento do judiciário e a lotação dos presídios.

O presente trabalho pretende efetuar uma correlação entre o aumento da violência e o endurecimento da legislação penal, suscitando discussão sobre o modelo penal praticado no Brasil, comprovando o excesso de leis punitivas, em contraposição à insuficiência de políticas públicas e sociais.

Também, pretende traçar um paralelo entre o Direito Penal Mínimo e Máximo, assim como, o Movimento da Lei e da Ordem e o Princípio da Intervenção Mínima e seus desdobramentos, a fim de demonstrar que, ao Direito Penal somente deve ser resguardada a tutela de bens jurídicos de especial relevância.

## 2 BREVE ESBOÇO SOBRE O CONCEITO E OS FATORES DA VIOLÊNCIA

A violência não é um tema recente, a antiguidade se caracterizava por diversas praticas violentas, então debatidas pelos autores Marx, Hegel e Nietzsche.

Em relação a sua conceituação, não há consenso, já que engloba inúmeros aspectos e sentidos, portanto, é muito difícil conceituar a violência e, conseqüentemente, delimitar as suas causas.

Segundo o dicionário francês, a violência é:

- a) O fato de agir sobre alguém ou de fazê-lo agir contra a sua vontade empregando a força ou a intimidação;
- b) o ato através do qual se exerce a violência;
- c) uma imposição natural para a expressão brutal dos sentimentos.
- d) a força irresistível de uma coisa,

e) o caráter brutal de uma ação (ROBERT, 1964, p.315 apud MICHAUD, 1989, p.7).

Maria Stela Porto (2006, p. 264), ressalta a existência da objetividade e subjetividade na apreciação da violência:

(...) o componente objetividade, violência seria o que os números e as estatísticas assinalam como tal, fazendo ressaltar o caráter “inegável” da realidade do fenômeno. Por outro lado, pensada de um ponto de vista subjetivo, violência precisaria considerar, igualmente, o que diferentes indivíduos e sociedades reputam (representam) como violência. Representação que poderia, em última instância, interferir na própria realidade da violência, reforçando a necessidade de uma estratégia de análise que se interrogue sobre as relações objetividade/subjetividade enquanto componentes que participam da definição do fenômeno da violência e interferem nas práticas e nas representações que diferentes grupos elaboram de tais práticas.

E citada autora, complementa citando Wieviorka (1997, p. 08):

a violência é objetiva ou subjetiva? Objetiva, ela deveria poder ser definida em termos que transcendem as perspectivas particulares e adquire uma validade universal. Subjetiva, ela não passa de um ponto de vista necessariamente relativo, daquele que a descreve ou sofre (...) a violência jamais é redutível à imagem da pura objetividade simplesmente porque o que é concebido ou percebido como “violento” varia no tempo e no espaço (...) Mas, por outro lado, a violência não pode ser redutível aos afetos, às representações e às normas que dela propõem tal grupo ou tal sociedade (...) a percepção de violências reconhecidas como tal oscila constantemente entre o excesso e a falta, entre a tendência à dramatização e à amplificação e a propensão à banalização e à indiferença.

Por fim, arremata que, definir algo ou alguém como violento, implica captar as relações entre objetividade e subjetividade da violência, estratégia que o enfoque das representações sociais parece possibilitar.

Segundo Luiz Eduardo Soares (2005, p. 245), a palavra violência possui múltiplos sentidos:

Pode designar uma agressão física, um insulto, um gesto que humilha, um olhar que desrespeita, um assassinato cometido com as próprias mãos, uma forma hostil de contar uma história desprezível, a indiferença ante o sofrimento alheio, a negligência com os idosos, a decisão política que produz consequências sociais nefastas (...) e a própria natureza, quando transborda seus limites normais e provoca catástrofes.

O reconhecido sociólogo Zygmunt Bauman (2001) ao relatar a modernidade líquida, em que tudo é temporário e fluido, entende que, nem toda subjugação de liberdade e integridade corporal humana deve ser denominada “violência”, pois, devem ser examinadas outras condições, não relacionadas à natureza das ações, mas aos seus perpetradores.

Segundo Tavares dos Santos (2002, p. 22-24):

(...) violência define-se então como um fenômeno cultural e histórico. Revela-se como um procedimento de caráter racional, o qual envolve, em sua própria racionalidade, o arbítrio, na medida em que o desencadear da violência produz efeitos incontroláveis e imprevisíveis.

Para a filósofa Hannah Arendt (1994), a violência está relacionada com a manifestação do poder e dominação, e, seria concebida de forma banal, uma vez que é aceita como único instrumento para a superação dos mais variados obstáculos que afetam os homens.

Na prática, a violência é um fenômeno plural, especialmente, no que tange as suas prováveis causas, pois, a sociedade presenciou, com a modernidade, as suas múltiplas facetas. Entretanto, geralmente, a palavra é vinculada a ideia de crime.

Mari Stela Grossi (2000), ao citar Wieviorka (1997, p. 187-200), refere a necessidade de se perceber níveis ou instâncias de mediação entre mudanças sociais e fenômenos de violência:

Se há certamente uma ligação entre a violência e essas mudanças sociais, tal ligação não é automática e imediata, a violência deve ser concebida a partir dessas mediações. Ela não surge diretamente da mobilidade descendente, ou da crise; assim, os motins dos bairros difíceis da França ou da Inglaterra ou das grandes metrópoles americanas sobrevêm por ocasião de excessos policiais ou de decisões inadequadas da justiça, bem mais do que como um protesto contra o desemprego; a raiva e o ódio dos jovens exprimem-se certamente tendo por trás um cenário marcado por dificuldades sociais, mas correspondem acima de tudo a sentimentos fortes de injustiça e de não reconhecimento, de discriminação cultural e racial. O desemprego e a pobreza... não se traduzem imediatamente ou diretamente em violências sociais... mas sobretudo alimentam frustrações...

Refere, ainda, Tavares do Santos (2002, p. 22-4) que:

Podemos, enfim, considerar a violência como um dispositivo de poder, uma prática disciplinar que produz um dano social, atuando sobre espaços abertos, e que se instaura com uma justificativa racional, desde a exclusão, efetiva ou simbólica, até a prescrição de estigmas.

Com a evolução social e o fracasso do “estado providência”<sup>2</sup> (*welfare state*), apareceram novos e incontroláveis riscos e situações.

A insegurança, a impunidade, o mau funcionamento da Justiça, as crises na educação e na saúde, a corrupção, a crescente influência da mídia, o

---

<sup>2</sup> O Estado providência é, segundo Norberto Bobbio (1986), o modelo de Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político, ou seja, o Estado permite um novo tratamento das questões sociais, através de políticas públicas. Nesse caso, cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população. Utilizamos a expressão “fracasso do Estado providência”, em razão do quadro atual do País, cujas políticas públicas e estatais não tem sido suficientes para resolver as questões sociais.

desenvolvimento das cidades e a explosão demográfica, a falta de políticas públicas e a distribuição desordenada de drogas, entre outros, são fatores relevantes que contribuem para a ocorrência da violência.

Sobre a deslegitimação e perda do poder do Estado, é conveniente a anotação de Luis Antonio Machado da Silva (2004, p.68-69), de que, o uso generalizado de violência pelos criminosos indica que o Estado perde seu monopólio de fato, embora mantenha-o formalmente, o qual, a fim de explicar o sentimento de insegurança generalizada na atualidade, aponta uma sequência de nexos causais entre:

- a) uma crise de legitimidade do Estado;
- b) o enfraquecimento da capacidade de controle social por parte das agências estatais, em particular) o esgarçamento da ordem pública, devido ao mau funcionamento de suas “garantias externas”;
- d) a ampliação do recurso à violência como meio de obtenção de interesses; e,
- e) a expansão e organização da criminalidade que recorre a este meio.

Por consequência, temos uma série de elementos fundamentais na definição da violência (CHESNASIS, 1981, p. 11). Por isso, Tavares dos Santos (2002, p. 22-4) é enfático ao considerar que:

A noção de coerção, ou de força, supõe um dano que se produz em outro indivíduo ou grupo social, seja pertencente a uma classe ou categoria social, a um gênero ou a uma etnia. Envolve uma polivalente gama de dimensões, materiais, corporais e simbólicas, agindo de modo específico na coerção com dano que se efetiva.

Entre os conflitos sociais atuais, crescem os fenômenos da violência difusa e as dificuldades das sociedades, e dos Estados contemporâneos, em enfrentá-los (GIDDENS, 1996).

As raízes sociais destes atos de violência difusa parecem estar nos processos de fragmentação social: “a desagregação dos princípios organizadores da solidariedade; a crise da concepção tradicional dos direitos sociais em oferecer um quadro para pensar os excluídos” (ROSANVALLON, 1995, p.9). Em outras palavras, na Era do Globalismo, estamos diante de processos de uma massificação paralelos a processos de individualismo (IANNI, 1996).

Afora isso, como refere Jock Young (2002, p.32), a exclusão também é considerada produtora da violência.

Para ele, a modernidade está em crise e, como consequência, também esta a criminalidade, com isso, a maioria dos países industriais tem assistido a um aumento

considerável de sua taxa de crimes, o que representa um aumento dramático do ingresso potencial no sistema de justiça criminal.

Nessa nova ordem, indubitavelmente, não há lugar para todos. A modernidade torna-se excludente em sua gênese, uma vez que os movimentos sociais que lhe deram origem são caracteristicamente do modo de produção capitalista. Trata-se, sem sombra de dúvida, de uma promessa de modernidade não efetivada (CUNHA, 2009).

Com efeito, a exclusão é uma consequência da modernidade, onde as classes mais favorecidas é que tem um lugar certo privilegiado, ficando os desfavorecidos a mercê da sociedade.

Antes, o que há é um processo de deslocamento em curso através de toda a sociedade, pois a exclusão é um gradiente que se estende diretamente da capacidade de crédito dos prósperos até o grau de periculosidade dos encarcerados. Sua atualidade é o risco, sua atitude é atuarial, de cálculo e avaliação [...] A imagem da sociedade não é de um núcleo dos de dentro com uma periferia de adventícios, mas sim a uma praia em que as pessoas estão alocadas, num gradiente de posições e distribuições no litoral. No alto da praia estão os privilegiados, bebericando seus coquetéis, com seu lugar ao sol garantido; enquanto isso, na base, há criaturas presas no mar, que só podem sair com grande esforço e que, mesmo assim, provavelmente não irão sobreviver. A praia tem seus gradientes intestinos, mas isso não exclui a existência de mundos severamente segregados nas suas extremidades, seja dos super-ricos ou da subclasse” (YOUNG, 2002, p.103-4).

A sociedade excludente, ao considerar os infratores excedentes, acaba por generaliza-los, se preocupando, apenas, em aparta-los do convívio social, gerando um ciclo que se repete e atrai as condutas proibidas. Neste sentido:

a modernidade, apesar de suas premissas indicarem como uma sociedade de inclusão e bem-estar generalizados, por se pautar e se propor como um objeto ordenador e paisagístico (de jardinagem) não se compatibiliza com o abrir mão da categorização de seus elementos, inclusive e sobretudo humanos, de atribuir lugares determinados às categorias estabelecidas e de eventualmente (ou mesmo como uma regra) não reservar lugar nenhum a alguma dessas categorias. Assim como no jardim existe a grama, que não ocupa o lugar privilegiado das flores, assim como existe a erva daninha que deverá ser expurgada, também na ordem social da modernidade existem lugares distintos para as categorias distintas, às quais não se reservou nenhum lugar, as quais são excedentes, como são as ervas daninhas. (CHIES, 2007, s/p).

Conforme assevera Tavares dos Santos (1999, p.2):

Como efeito dos processos de exclusão social e econômica, inserem-se as práticas de violência como norma social particular de amplos grupos da sociedade, presentes em múltiplas dimensões da violência social e política contemporânea. Nesse passo, novos dilemas e problemas sociais emergem no horizonte planetário, em uma era de conflitualidades.

Desta forma, se constata que, embora haja um discurso de equivalência social, a modernidade não se desincumbiu desta tarefa, mas, do contrário, entre

tantas outras mudanças e inovações, a era moderna é aparteadora das minorias, dos pobres e dos fora dos padrões.

### **3 INCURSÕES SOBRE A EXCLUSÃO SOCIAL NA MODERNIDADE TARDIA OU PÓS-MODERNIDADE**

A exclusão social surge como um fator determinante da violência na modernidade, motivo pelo qual, se trata em item separado, dada a sua relevância científica e sociológica.

Não existe um consenso sobre a conceituação da exclusão, nem de seus fatores determinantes. Na prática, a exclusão é um fenômeno multifacetário, especialmente, no que tange as suas prováveis causas, pois, a sociedade presenciou, com a modernidade, as suas múltiplas facetas.

Mas, independentemente das sutilezas semânticas, o referente empírico dos termos é geralmente o mesmo: a população marginal é aquela constituída pelos que se encontram em situação de desemprego, subemprego ou pobreza (COELHO, 1978, p. 139-161).

Precipuamente, é certo que “[...] a noção de exclusão nasceu, de fato, associada à marginalidade e à pobreza” (SANCHEZ, 2002, p. 03).

E, não obstante serem formalmente cidadãos, os excluídos passam à condição de servos graças ao crescimento estrutural da exclusão social, obstáculo natural da inclusão. Consequência deste fenômeno, é o alastramento do estado natural, sinal de uma crise paradigmática a que alguns chamam "desmodernização" ou "contramodernização" (SANTOS, 2008).

Em formações sociais autoritárias e hierarquizadas como a nossa, a estratificação social se faz mais do que presente. Tendo como pano de fundo uma sociedade que classifica os indivíduos em gente, pessoas que se lavam, brancos, boa gente, medalhões, em oposição às gatinhas, ao zé-povinho, à gentilha, à massa (DA MATTA, 1997, p. 204),

É num contexto de fragmentação da sociedade, dividida em múltiplos *apartheids*, polarizada ao longo dos eixos econômicos, sociais, políticos, culturais e religiosos que diagnosticamos a ascensão da sociedade excludente, cuja tônica está na separação e exclusão (YOUNG, 2002).

Assim, um dos desdobramentos da exclusão é o preconceito.

Para Adorno (1950) a fonte do preconceito é uma personalidade autoritária ou intolerante. Pessoas autoritárias tendem a ser rigidamente convencionais. Partidárias do seguimento às normas e do respeito à tradição. Segundo este autor, elas são hostis com aqueles que desafiam as regras sociais. Respeitam a autoridade e submetem-se a ela, bem como se preocupam com o poder da resistência. Ao olhar para o mundo através de uma lente de categorias rígidas, elas não acreditam na natureza humana, temendo e rejeitando todos os grupos sociais aos quais não pertencem, assim, como suspeitam deles. Para ele, o preconceito é uma manifestação de sua desconfiança e suspeita.

Diante disso, se pode conceber que do preconceito decorre a formação dos estereótipos que extrapolam ao que é considerado como padrão, acarretando o apartamento do indivíduo que destoa deste modelo.

Para Henry Tajfel (1982), qualquer classificação pautada por estereótipos traz em si uma identidade social que se produz no interior de uma dada realidade cultural. Tais classificações convertem-se nas imagens afirmativas ou não, transmitidas pelos grupos em interação dentro de determinadas tradições culturais. Tajfel (1982) entende que os estereótipos envolvem um processo cognitivo. Ou seja, os indivíduos que pertencem a um determinado grupo apreendem a simbologia que envolve a estereotipia e reproduzem-na ao longo da história. Com isso, se mantêm as diferenças identitárias entre os grupos.

Desse modo, "um estereótipo não é um estereótipo social até e a não ser que seja amplamente partilhado dentro duma entidade social" (TAJFEL, 1982, p. 176).

O estereótipo possui maior relevância de estudo quando analisado frente às punições estatais, casos em que, não raro, o excluído sofre a reprimenda pelo simples enquadramento.

Nesta concepção, atualmente, a prisão é que ocuparia um lugar privilegiado na repressão, acarretando afastamento e controle destas pessoas a margem do padrão estabelecido, na maioria das vezes, consideradas inúteis ao sistema.

A modernidade e os conflitos quotidianos e suas novas problemáticas fizeram surgir uma gama de novas situações, muitas delas irrefreáveis.

Para Bauman (1998), o medo e a demanda por aumento da repressão e punição seria parte de um processo típico da pós-modernidade.

Assim, o que se vê na prática, é uma renovação de conjunturas que ensejam reformas pontuais, inclusive legislativas e culturais. Porém, as mudanças ocorrem de

formas tão rápidas e variadas, que fica muito difícil acompanhar essas modificações, correndo o risco, de muitas vezes, relevantes conflitos ficarem sem respostas, gerando o agravamento da exclusão.

#### 4 O CONTEXTO BRASILEIRO

Tavares dos Santos (2007, p.72-3), explica que o Brasil contemporâneo tem visto um processo de inter-relação entre lutas pelas garantias de direitos humanos e lutas sociais por acesso a bens e instituições da sociedade democrática: um complexo, atribulado e indeterminado caminho para um “democracia ampliada”, um “governo do povo”.

Na sociedade brasileira, a Constituição de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, representou a instauração do Estado Democrático de Direito, com inúmeras possibilidades de aumento do acesso à Justiça, abrindo um processo de informalização da Justiça (AZEVEDO, 2006).

Segundo Mari Stela Grossi Porto (2006, p. 188):

As recentes transformações pelas quais tem passado a sociedade brasileira podem ser analisadas como inseridas no contexto de transformações maiores, que têm como palco o contexto mundial e que combinam em formas múltiplas processos de globalização e fragmentação. As mudanças daí decorrentes transformam de forma mais ou menos radical a natureza da trama social, conduzindo a que reflexões voltadas a realidades nacionais tenham que levar em conta sua inserção no mundo globalizado.

E, mais adiante assinala:

(...)poder-se-ia dizer que o Brasil mergulhou, de forma mais aguda e radical do que países ditos avançados, na era das novas tecnologias. A um ponto, que não parece exagero dizer que a radicalidade e a abrangência das transformações seriam elas mesmas uma forma de violência, na medida em que rompem, redefinem, deslocam ou superam o tradicional e os processos de organização do social por ele informados, afetando a sociedade em múltiplos aspectos e em diferentes esferas: da econômica à social, política e cultural. Esse consumo tecnológico, em que mergulhou a sociedade brasileira, mereceria uma análise em profundidade, na medida em que se vem revelando como componente importante de traços culturais típicos (PORTO, 2006, p. 192).

Neste nascente século XXI, multiplicam-se os projetos para prevenir as violências e reduzir a criminalidade violenta, na perspectiva de novas alternativas de políticas públicas de segurança que possam garantir o direito de segurança dos cidadãos e cidadãs nas sociedades do Século XXI. São efeitos múltiplos da mundialização da questão dos Direitos Humanos, desde a Conferência Mundial de

Direitos Humanos, reunida em Viena, em 1993 (TAVARES DOS SANTOS, 2002, p. 94).

Tal qual acima referido, mudanças constantes nas circunstâncias ensejam alterações das mais variadas formas, mas, em razão da forma que vem se processando, o Estado, no mais das vezes, não consegue acompanhar estas modificações.

Surgem, no contexto brasileiro, duas situações antagônicas, de um lado a exasperação das leis e das punições e, de outro, conflitualidades sem resoluções, acarretando impunidade e revolta na população.

Não fosse apenas isso, o que se vivencia é um direito penal como o “salvador da pátria”, a “válvula de escape”, ou seja, condutas ínfimas e sem relevância sendo criminalizadas.

Essa criminalização excessiva é geradora de descrédito, mas também, uma mola propulsora de injustiças.

## **5 EXPANSÃO LEGISLATIVA E RECRUDESCIMENTO PUNITIVO**

Nas últimas décadas a sociedade tem legitimado uma resposta estatal mais forte a respeito da violência, muitas vezes, compelida pela ocorrência de crimes de extrema gravidade, cujo temor e a polêmica são incrementados pela mídia.

Soma-se a isso, a sensação de impotência pública, de impunidade e falta de efetividade do judiciário. O resultado são as edições desenfreadas de leis pontuais, muitas vezes sem qualquer possibilidade jurídica.

Paulo Silva Fernandes (2001) lista ainda, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito das instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial, entre outros, como problemas atuais de nossa sociedade.

O autor Vagner Cunha (2009, p. 72), assim refere:

Com a crise do Estado de Bem-Estar, houve alteração na orientação das políticas criminológicas, que atualmente estão comprometidas com o ideário neoliberal. Do correcionalismo passamos a uma política criminal alicerçada no controle e exclusão, onde a prisão se constitui no carro-chefe de combate à criminalidade, e o apelo ao direito das vítimas está permanentemente sob os holofotes do Estado e da sociedade, acima de tudo e de todos. Assim, no âmbito da política criminal vêm sendo ultimadas

estratégias para não mais socializar ou reintegrar o delinquente, e, sim, criar instrumentos para defendermo-nos melhor e apartar-nos mais deles.

E, completa, mais adiante:

O discurso punitivo legitima o Estado dando uma falsa sensação de segurança para os denominados cidadãos de bem. E de punição aos delinquentes, aos contrários à ordem vigente; cujo argumento, levado às últimas consequências se personifica na concepção errônea de que com maiores penas haverá redução da criminalidade. Tal pensamento induz à visão de que a criminalidade é o elemento preponderante da instabilidade social (CUNHA, 2009, p.75).

Sanchez (2002, p. 71), ao referir sobre a expansão do Direito Penal, arrola dez fatores que lhe seriam determinantes, são eles, suscintamente, o surgimento de novos bens jurídicos socialmente relevantes, a existências de novos fatores de riscos, a institucionalização da insegurança (objetiva), sensação social de insegurança (subjetiva), configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, identificação da maioria com a vítima do delito, descrédito das demais instancias paralelas ao sistema penal, interesses específicos dos estratos inferiores da sociedade passam a ser tutelados pelo direito penal, incorporação dos discursos punitivos por todos os setores e, por ultimo, o “gerencialismo”, ou seja, o Direito Penal é visto como mecanismo de gestão eficiente.

Nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 17),

faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação e alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica.

Estamos ainda, diante dessa visão ultrapassada de que o direito penal é o meio capaz de solucionar os problemas de segurança e violência, penalizando uma infinidade de condutas, através de leis, muitas vezes esdrúxulas que apenas reflete o desejo de vingança da mídia e da sociedade, no mais das vezes por aquela incitada. Nesse sentido são as lições de Sánchez (2002, p. 61):

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil,

na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

A partir da Lei de Crimes Hediondos, se instalou uma verdadeira fábrica de leis penais, para atender a casos concretos, e o que se vê é uma tentativa de solução de um problema social, através do Direito Penal.

Constata-se uma opção cada vez maior por deixar de lado a tentativa de resposta efetiva ao problema criminal, com o retorno a construções dedutivas de tipo mais ou menos kantiano ou hegeliano, seja através da radicalização do pensamento sistêmico em sociologia (Direito Penal do Inimigo, Atuarialismo Penal), seja através da opção pelo idealismo retribucionista (AZEVEDO, 2006, p. 43-62).

Refere Maria Lúcia Karam (1992, p. 3) que:

Esta ideia, que reduz violência a crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves – como a miséria, a fome, o desemprego – cria um clima de pânico, de alarme social, a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas. A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como forma de fazer crer que o problema está sendo solucionado.

Como consequência desta edição sem limites de lei penais surge o afogamento do judiciário e o excesso de encarcerados, e surge o que muitos chamam de lixo humano.

Oscar Mellim Filho (2010, p.21), citando Zygmunt Bauman (1998), descreve que para o desenvolvimento do lixo humano

impõe-se também construir novas prisões, aumentar o número de delitos, de sentenças mais duras e penas mais longas em prol dessa atividade industrial de intensa criminalização dos problemas sociais.

A sociedade, por seu turno, no mais das vezes balizada pela imprensa, deixa de se preocupar com os fatores que determinam a criminalidade e passa a buscar uma resposta vingativa e radical por parte do Estado, como se essa fosse a solução para a redução dos conflitos e da criminalidade.

As determinantes que influenciam no desencadeamento da violência são esquecidas, e, o que se vê, é que somente as consequências é que são valorizadas, as causas são consideradas ora com desimportância, ora como uma ideia vaga, no plano impreciso das situações que ensejariam soluções utópicas.

Ao “lixo humano” cabe apenas o seu amontoamento em celas de presídios, de onde não sairão regenerados. À eles a lei tem de ser dura e intensa, e suas condutas, conquanto forem se transformando, vão quantificando novos tipos penais.

## 6 AS FACETAS DO DIREITO PENAL

### 6.1 Direito Penal Máximo x Direito Penal Mínimo

É com o direito penal que o Estado obtém seu poder punitivo para instituir as infrações penais e as infrações correspondentes (NUCCI, 2008).

As normas que regulam a criminalidade violenta estão previstas no Código Penal e leis penais extravagantes.

A legitimidade do Estado é conferida pelo império da lei (dominação racional-legal), e o Estado atua, a partir de sua consolidação, nos países capitalistas avançados em finais do século XIX, através de políticas previdenciárias e da intervenção regulatória no mercado, medidas que chegam ao seu ápice com o keynesianismo, doutrina que assinala a passagem do modelo de Estado liberal ao Estado social ou *Welfare State* (AZEVEDO, 2006, p. 43-62).

Para Sanchez (2002, p. 56), há que se reconhecer a existência de uma verdadeira demanda social por mais proteção frente ao incremento da criminalidade, canalizada de modo mais ou menos irracional como demanda de punição.

Surgem, então, movimentos ideológicos totalmente opostos propostas – Lei e Ordem e Abolicionismo Penal-.

O movimento *Law and Order* surgiu nos Estados Unidos a partir dos anos 70, como reação ao crescimento da violência. Prega o Direito Penal Máximo, acreditando que esta é a solução para acabar com a criminalidade, através de leis mais severas, pena de morte, encarceramento em massa, etc.

Um dos mais significativos exemplos da *Law and Order* é a política “Tolerância Zero”.

De Nova York, a doutrina da "tolerância zero", instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda - a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante (WACQUANT, 2001).

Essa ideologia conferiu aos agentes policiais competência para, entre outras, perseguir, sem limites, os pequenos delinquentes, pichadores, prostitutas, ou seja, permite um controle direto sobre aqueles que frequentam o espaço público.

O discurso da lei e da ordem vem sendo usado como pretexto para legalização de políticas criminais repressivas, decorrentes do medo e insegurança existente nas relações sociais.

No Brasil, podemos citar vários dispositivos influenciados por esta tendência, especialmente, a Lei de Crimes Hediondos, Lei nº 8072/90, que é um grande exemplo da política punitiva nacional.

Também podemos citar a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), alterando o artigo 52 da Lei de Execuções Penais.

Há que se referir, ainda, a existência de uma vertente ainda mais rígida no Direito penal, introduzida pelo professor alemão Günter Jakobs (2005), o qual, na segunda metade da década de 1990, desenvolveu a denominação Direito Penal do Inimigo, procurando distinguir o Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo.

Para o citado autor, existem pessoas que não admitem ser obrigadas a entrar em um estado de cidadania<sup>3</sup>, logo, não podem participar do conceito de pessoa.

De outro lado, surge o abolicionismo penal, que busca substituir o sistema penal por modelos alternativos de solução de conflitos.

De maneira simplificada, importante destacar outros motivos pelos quais se justifica, para os Abolicionistas, a eliminação do sistema penal: a) a pena de prisão não cumpre com suas finalidades (reprovação e prevenção); b) grande parte das condutas tidas como criminosas podem ser solucionadas por outros ramos do direito; c) a “cifra negra” que corresponde às infrações penais que não foram objeto de persecução penal pelo Estado; d) a natureza seletiva do Direito Penal, etc. (GRECO, 2005, p. 11).

Portanto, o abolicionismo possui um grande valor humanitário, por evidente, mas, se encontra impotente frente aos altos índices de criminalidade que não pode ser solucionada por outros ramos do direito.

---

<sup>3</sup> Com base no pensamento de Jakobs, teríamos um Direito Penal para os indivíduos considerados delinquentes, do qual faz parte o indivíduo considerado perigoso para o Estado, aquele que cometeu crime econômico, terrorista, ou delito sexual, o qual será tratado por um Direito Penal diferenciado, contemplado com a negação dos direitos fundamentais, sujeito a todo tipo de coação física. Esse seria o Direito Penal do inimigo, aplicado para aqueles que se afastaram de modo permanente do direito e, portanto, de um estado de cidadania.

Assim, neste contexto de antagonismo, na prática, se percebe um extremismo, ora a aplicação do Direito Penal Máximo, ora do Direito Penal Mínimo, e com uma grande peculiaridade, não raramente, para conjunturas idênticas, dada a variedade de entendimentos no judiciário brasileiro.

### 6.1.2 O movimento da Lei e da Ordem e Direito Penal do Inimigo

O movimento *Law and Order* surgiu nos Estados Unidos a partir dos anos 70. É um desdobramento do Direito Penal Máximo, prega que a criminalização máxima é a solução para acabar com a criminalidade.

De acordo com Alberto Silva Franco (2005, p. 84), essa vertente se expandiu tomando por base alguns fatores:

a) no incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados e que até então estavam indenes a ataques mais agressivos (sequestro de pessoas abandonadas ou de alto estrato político ou social, roubos a estabelecimentos bancários etc.); b) no terrorismo político e até mesmo no terrorismo imotivado, de facções vinculadas tanto à esquerda como à extrema direita; c) no crescimento do tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins; d) no avanço do crime organizado pondo a mostra a corrupção e a impunidade; e) no incremento da criminalidade de massa (roubos, furtos etc.) que atormentam o cidadão comum; f) na percepção do fenômeno da violência como dado integrante do cotidiano, onnipresente na sociedade; g) no conceito reducionista de violência, fazendo-o coincidir com o de criminalidade; h) na criação pelos meios de comunicação social de um sentimento coletivo e individual de insegurança e no emprego desses mesmos meios para efeito de dramatização da violência para seu uso político.

Com base nesta crença, surgiu a política da “Tolerância Zero”, desenvolvida em Nova Iorque a partir do ano de 1993, que se expandiu por diversas partes do globo.

A sociedade deveria se unir para restabelecer a lei e a ordem, única forma capaz de fazer justiça aos homens de bem, aos que não delinquem e não possuem comportamentos desviados (FRANCO, 2005, p.89).

Segundo Callegari e Wermuth (2010, p. 27), a parábola das “janelas quebradas” é utilizada com o objetivo de exemplificar a teoria, ou seja:

Se uma pessoa quebra a janela de um edifício e nada é feito no sentido de consertá-las, as outras pessoas que gostam de quebrar janelas que por ali passam, vendo que ninguém se importa com suas atitudes, passarão elas também a quebrar as outras janelas do prédio, de forma que, como resultado, ter-se-ia um sentimento geral de decadência, propício ao desenvolvimento da criminalidade, razão pela qual toda e qualquer infração penal, por ínfima que seja, deve ser reprimida sem complacência, sob pena de se transmutar, no futuro, em um crime maior.

Outra faceta do Direito Penal Máximo é o Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida pelo alemão Günter Jakobs (2005), na segunda metade da década de 1990. Segundo Jakobs (2005, p. 37):

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptá-lo já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Para Günther Jakobs (2005, p. 36), é considerado inimigo aquele indivíduo que não admite ser obrigado a ingressar no estado de cidadania, dessa forma, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.

Nesse passo, Manuel Cancio Meliá (2005, p. 67) caracteriza o direito penal no inimigo em três elementos, são eles:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

O já citado professor Sánchez (2002, p. 148), referindo-se ao conceito de inimigo e às características do Direito Penal do Inimigo, fornecidos por Jakobs, diz que:

Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental (...). As características do Direito Penal de inimigos seriam então a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais.

Como leciona Franco (2005, p. 104), o Direito Penal Máximo serve apenas para enfraquecer os direitos e garantias fundamentais e para acabar com a ideia de direito penal mínimo, dando causa à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário.

### 6.1.3 Abolicionismo

Esse sistema busca modelos alternativos na solução de conflitos, numa tentativa de abolir o Direito Penal. Com a falência estatal para administrar os crimes e penas, o Estado teria de deixar de tutelar essas matérias. O sistema penal consistiria num problema social e que acaba criando mais problemas do que os solucionando, o mais prudente a ser feito seria aniquilá-lo realmente (QUEIROZ, 2002, p. 89).

Para os abolicionistas do Direito Penal:

o direito penal não é um meio apto a motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinquir, vez que o delito deriva de um sem-número de causas – psicológicas, sociais, culturais – não neutralizáveis pelo mero temor da pena (QUEIROZ, 2002, p. 90).

Greco (2005, p. 11) sintetiza os motivos utilizados pelos abolicionistas para a eliminação do sistema penal: a) a pena de prisão não cumpre com suas finalidades (reprovação e prevenção); b) grande parte das condutas tidas como criminosas podem ser solucionadas por outros ramos do direito; c) a “cifra negra” que corresponde às infrações penais que não foram objeto de persecução penal pelo Estado; d) a natureza seletiva do Direito Penal, etc.

Essa tendência extremista, não se apresenta como a melhor das possibilidades, pois, conforme conclui Hassemer (2005, p. 431):

Com seus elementos estruturais, a norma, a sanção e o processo, o sistema jurídico-penal reflete processos e experiências que estão profundamente enraizadas na nossa vida cotidiana e em nossa cultura. Não se pode abolir o controle social; em todo caso pode-se ir pessoalmente ao encontro dele, o qual é retirado dos grupos ou da sociedade. Se não se quiser – ou puder – fazer isto, então se estará agindo com as expectativas dos outros, as quais podem ser frustradas e os quais podem também faticamente ficar desapontados com as convicções sobre a boa ou má, conduta em relação a si mesmos ou aos outros, com as lesões causadas e imaginadas, com o medo diante da ameaça, com os mecanismos de acusação e punição, de justificação e de exculpantes, de responsabilidade e causalidade, de intenção e frivolidade. Mas não se pode querer ao mesmo tempo a socialização e a abolição do controle social.

### 6.1.4 Fragmentariedade, subsidiariedade e *ultima ratio*

Claus Roxin (2008, p.32) afirma que “o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”.

A legislação penal, dentre os vários instrumentos de controle social de que dispõe o Estado, é a melhor forma de preservar os bens da vida considerados mais relevantes, ainda que seja uma forma ameaçadora e tenha por fim uma medida gravosa, entretanto, é de ser reconhecido como a *ultima ratio*.

Podemos dizer que, entre os diversos efeitos nocivos provocados pelo excesso de leis penais, o mais prejudicial, talvez, seja o comprometimento da harmonia sistemática do ordenamento jurídico. A Intervenção Mínima, no seu duplo aspecto de fragmentariedade e subsidiariedade, constitui, indiscutivelmente, pressuposto da coerência lógica do sistema de normas penais.

Dado seu caráter precípua de controle social, não pode, contudo, transbordar de sua utilidade, sendo utilizado como elemento de promoção de política estatal, devendo ser restrito, assim, a situações extremas, quando as demais áreas do direito se mostrarem insuficientes ou ineficazes.

Portanto, implicitamente, a legislação penal carrega em seu bojo três princípios determinantes de sua aplicação, quais sejam, o Princípio da Intervenção Mínima (*ultima ratio*), o da subsidiariedade e o da fragmentariedade.

A Intervenção Mínima importa em condicionar a utilização da lei penal somente a casos em que seja imperativa para a garantia social, assim, se apresenta sempre como uma última opção do legislador.

O Princípio da Intervenção Mínima está relacionado as outras duas características básicas do Direito Penal, quais sejam a fragmentariedade e a subsidiariedade. O Direito Penal é um sistema descontínuo de ilicitudes e, por isso, não há plenitude no seu sistema jurídico, já que este não é capaz de solucionar todos os conflitos. Devido a esse caráter não linear do Direito Penal, este não deve se preocupar com todo e qualquer ato ilícito, mas apenas com alguns poucos atos ilícitos considerados mais graves. Esse é o seu caráter fragmentário (CALLEGARI, 2010).

Sobre o tema, leciona Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 17):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente

quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Claus Roxin (2011, p. 48) também assevera o caráter subsidiário do Direito Penal, vejamos:

A proteção de bens jurídicos não se realiza são mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

Os princípios da Fragmentariedade e o da Subsidiariedade são desdobramentos do Princípio da Intervenção Mínima, proclamando que o direito penal deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelam-se incapazes de solucionar de tutelar os bens jurídicos de superior relevância. Portanto, quando for possível solucionar o caso por outro ramo do direito, a intervenção do direito penal é ilegítima (MIRABETE, 2000).

A *ultima ratio*, portanto, legitima o direito penal somente quando fracassarem as políticas sociais tornando-se impossível a vida social é que entra em cena o direito penal intervindo para fazer cessar a violência (QUEIROZ, 2002, p. 69).

Seria uma proposta com a finalidade de desafogar prisões lotadas, buscando outras alternativas, talvez até mais efetivas, para a repressão de condutas mais brandas, com menor potencial lesivo.

A Subsidiariedade, por sua vez, no mesmo contexto, consubstancia que a legislação penal e sua aplicação somente se farão necessárias quando forem esgotadas as demais tentativas de solução dos conflitos, até porque, existem condutas insignificantes que não podem ser penalmente tipificadas.

Corolário dos dois anteriores, o Princípio da Fragmentariedade se baseia na relevância das condutas, ou seja, somente comportamentos verdadeiramente relevantes e ofensivos é que justificam a intervenção penal.

Tais princípios servem de argumento contrario a expansão legislativa penal, restringindo a criminalização das hipóteses especialmente relevantes.

Interessante é a observação de que, no atual momento, países como o Brasil convivem com duas formas de controle que se situam em posições extremas correspondentes a um direito penal mínimo e a um direito penal máximo (CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S., 2008, p. 25).

Estes conceitos são de especial relevância. A aplicação de um sistema ou de outro vai importar em distintos resultados.

O encarceramento surge como o mais grave efeito da criminalização das condutas no nosso País.

Não se pode, ainda, olvidar das consequências do encarceramento, que, no mínimo, estigmatiza o preso, que submetido a condições degradantes e, apartado do amparo de sua família, acaba retornando a delinquir. Em suma, o cárcere é cada vez mais um instrumento de controle e repressão social reservado aos marginalizados (FERRAJOLI, 2002b, p. 31-9), tornando-se um verdadeiro depósito de extermínio.

Em recente estudo, a Socióloga Julita Lemgruber (2001, p.29 ) nos lembra que:

O endurecimento da legislação penal significa mais gente na prisão, por mais tempo e, não está demonstrado que aumentos nas taxas de encarceramento acarretem diminuições proporcionais nas taxas de criminalidade. Por outro lado, quanto mais tempo alguém fica na cadeia, maiores suas chances de reincidir. Consequentemente, as penas longas acabam alimentando a violência e o crime.

Roxin (2008) entende que, sendo a pena a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, este não deveria recorrer ao Direito Penal e sua gravíssima sanção se existisse a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.

Juarez Cirino dos Santos (2008, p.2) relata os efeitos da prisão, que acaba por piorar a situação do encarcerado:

ao nível da execução da pena, em geral admitida como ultima ratio da política social, a introdução do condenado na prisão inicia um duplo processo de transformação pessoal: um processo de desculturação progressiva, consistente no desaprendizado dos valores e normas próprios da convivência social; um processo de aculturação simultâneo, consistente no aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão: os valores e normas da violência e da corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão.

Foucault (2004) chama a atenção para o fato que a prisão não reforma, mas fabrica a delinquência e os delinquentes. Logo não exercendo a sua função planejada que é a recuperação do preso e prepará-lo para a sua reintegração à sociedade.

No Brasil, a crise do Sistema Penitenciário reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de

reeducação e recuperação social. Ao contrário, são espaços da desumanização dos indivíduos forçados a conviver com as condições insalubres: espaço físico limitado, ausência de higiene, inúmeras doenças, e a precariedade de acesso à Justiça e aos direitos fundamentais, previstos nos tratados internacionais, na Constituição Brasileira de 1988 e na Lei de Execução Penal (GOMES, 2009).

A prisão brasileira é alvo de grandes contradições da sociedade: um grande rio que separa ricos e pobres, separação cada vez mais extensa, a níveis inaceitáveis para uma sociedade que pensa ser civilizada. Dentro da prisão, o detento é tratado como animal, perdendo sua capacidade de iniciativa, o ritual cotidiano do que fazer ou do nada fazer é determinado pelas administrações, a ausência do diálogo e o autoritarismo marcam o cotidiano das relações prisionais (BARROS; JORDÃO, 2014).

Daí a grande importância na adequação de um sistema equilibrado e proporcional.

Os princípios citados podem ser balizadores de uma atuação estatal legítima, sem que sejam perpetradas injustiças ou o agravamento da criminalidade.

É certo que a sociedade busca uma resposta estatal, e este, por sua vez, não poderá se omitir, mas esta resposta deve ser amparada por conceitos equitativos e razoáveis, resguardados por uma lei suprema e superior, a própria Constituição Federal.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade está em constante modificação, com isso, novas situações passam a exigir a proteção estatal, sendo necessário que Direito Penal acompanhe esta evolução.

A criminalidade surge como um fenômeno cultural e sociológico da modernidade, várias são as suas determinantes, entre elas, a exclusão, - e aqui há de se incluir uma de suas facetas, o preconceito-, adquire grande relevância, se apresentando com um dos mais significativos fatores geradores da violência.

Com a decadência do *welfare state*, a violência, por sua vez, adquire caráter preponderante na edição de modificações legislativas, pois, impinge o medo, a insegurança e a sensação de impunidade, resultando em reformas pontuais, que banalizam o Direito Penal, ora criminalizando condutas imorais ou antiéticas, que

deveriam ser resolvidas por outras esferas do direito, ora agravando as punições das infrações penais já tipificadas.

O contexto brasileiro atual é o retrato do endurecimento penal e, por tal motivo, surge uma imensidão infindável de tipos penais, dos mais variados até os mais esdruxulamente inesperados.

Assim, o que se verifica no modelo penal brasileiro é a aplicação do Direito Penal Máximo, desvirtuando os conceitos basilares da disciplina, que são a fragmentariedade, a intervenção mínima e a subsidiariedade.

Na prática, o que se vislumbra é aumento da produção legislativa aliado ao discurso de combate à violência, como compensadora da ausência de políticas sociais efetivas, que, além de violarem direitos e garantias constitucionalmente assegurados, têm se mostrado, em grande parte, inúteis no combate à violência.

Na realidade, se criminaliza as consequências e se abandona uma solução para as causas.

Transferir para o Direito Penal a responsabilidade de controlar os índices da violência urbana não é a solução mais acertada, pois, é de se dar preponderância a Intervenção Mínima (*ultima ratio*), sendo justificada a aplicação da lei penal somente quando fracassarem todas as outras soluções possíveis.

Conforme assinala Aury Lopes Júnior (2008, p.20) “legislar é fácil e a diarreia brasileira é prova inequívoca disso”.

Nos dizeres de Tavares dos Santos (2002, p. 22-4):

Emerge a possibilidade de um controle social democrático, orientado pelo respeito à dignidade humana, construindo regras de sociabilidade, na rua, no bairro, na escola, nos estádios e nas instituições. Uma modalidade de segurança cidadã capaz de realizar, de modo substantivo e multicultural, projetos sociais e políticos que reconstruam a solidariedade, a dignidade humana e a liberdade da ação coletiva, pacificando as relações sociais e produzindo uma outra temporalidade de esperanças não-violentas em um espaço planetário.

Não há como resolver problemas sociais por meio do Direito Penal, nem é possível banir a violência da sociedade, mas, é possível diminuí-la através de políticas públicas e sociais sérias. É preciso dar atendimento às necessidades humanas, da igualdade de oportunidades e da solidariedade universal.

A eleição de bem jurídicos de relevância preponderante para serem tutelados penalmente, através de reforma legislativa, é medida urgente que se impõe.

Essa excessiva produção legislativa, além de afogar os presídios e o judiciário, acarreta o descrédito estatal e a impunidade daqueles crimes, que dada sua relevância e gravidade, efetivamente, deveriam ser alvo de punições.

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e, ainda que, o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência (JHERING, 1910 apud OLIVEIRA, 1999, p. 11).

Tal qual antes dito, a sociedade espera uma resposta, mas não uma resposta balizada pela mídia, ou mesmo, pelo clamor social, mas, uma solução razoável, equitativa e proporcional.

Tratar as causas e determinantes da violência é muito importante, afogar nossos presídios e editar leis sem razoabilidade e indiscriminadamente, com certeza, não é a solução.

Ao Direito Penal, somente o que não puder ser resolvido e retribuído pelas outras esferas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARENDT, Hannah. **Da violência**. Rio de Janeiro: Vozes. 1994.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Visões da sociedade punitiva: elementos para uma sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.) **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

BARROS, Ana Maria; JORDÃO, Maria Perpétua dantas. **A Cidadania e o sistema penitenciário brasileiro**. UNIEDUCAR. Disponível em: <<http://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/anamb1.pdf>> Acesso em: 28 jan. 2014, 16:32:50.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

\_\_\_\_\_. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: UnB, 1986.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação de Pena e Garantismo**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHESNAIS, J. C. Histoire de la violence en Occident de 1800 à nos jours. Paris: Laffont, 1998.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Redução da Maioridade Penal: ou quando inventamos novas ervas daninhas a serem expurgadas do jardim. **Palestra proferida no Curso de Capacitação em Direitos Humanos e Cidadania**. Projeto Educa. 27 abr. 2007.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 12, p. 139-161, 1978.

CUNHA, Vagner Silva da. **Redução da maioria penal sob a ótica de uma sociedade excludente**: um estudo de caso junto ao conselho tutelar e ao conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente em Pelotas, RS. 2009. 122 f. Dissertação. (Mestrado em Política Social). Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2009. Disponível em: <[http://antares.ucpel.tche.br/mps/dissertacoes/Mestrado/2009/Dissertacao\\_Vagner\\_Cunha.pdf](http://antares.ucpel.tche.br/mps/dissertacoes/Mestrado/2009/Dissertacao_Vagner_Cunha.pdf)> Acesso em: 20 fev. 2014, 21:14:56.

DA MATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do Direito Penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.  
FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In: INSTITUTO CARIOCA DE CRIMINOLOGIA. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 31-39, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**: anotação sistemática à lei n. 8.072/90. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Crimes hediondos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. São Paulo: Editora da UNESP, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. CUNHA, Rogério Sanches (coords.). **Coleção Ciências Criminais**, volume 1, Direito Penal, Introdução e Princípios Fundamentais. 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

IANNI, Otávio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JHERING, Rudolf Von. *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, ano II, v. 2, p. 11, ago.-dez. 1999.

KARAM, Maria Lucia. Criação de crimes não passa de fantasia. **O Estado de S. Paulo**. Caderno Justiça. São Paulo, 04 jan. 1992.

LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade**: mitos e fatos. Revista Think Tank – Instituto Liberal do Rio de Janeiro. 2001.

LEMGRUBER, Julita. O Controle da Criminalidade: Mitos e Fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.). **Insegurança Pública**: Reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. **Sociabilidade violenta**: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano, sociedade e Estado, Brasília, v. 19, n. 1, p. 53-84, jan./jun. 2004.

MELLIN FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo, IBCCRIM, 2010.

MICHAUD, Yves. **A violência**. São Paulo: Ática, 1989.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**: Princípios e Critérios. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Juris Plenum Informática. 1 CD-ROM. 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Maria Stela Grossi. A violência entre a inclusão e a exclusão social. Tempo Social; **Rev. Sociol. USP**. São Paulo, vol. 12, n. 1, p. 187-200, maio de 2000.

\_\_\_\_\_. Crenças, valores e representações sociais da violência. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 250-273.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROSANVALLON, Pierre. **La nouvelle question sociale**. Paris: Seuil, 1995.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal: parte general. apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas sociedades pósindustriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, Parte Geral**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIMIZU, Bruno. O Sistema Penal Brasileiro é um aparato genocida. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. v. 17, n. 208, p. 14-15, 2010.

SILVA, Luciano Filizola da. A Falácia do Sistema Penal: a gênese de uma criminalização desviada. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. v. 14, n. 165, p. 2-3, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo; BIL, MV; ATHAYDE. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

TAJFEL, Henry. **Grupos humanos e categorias sociais**: estudos em psicologia social. Lisboa: Livros Horizonte, v. 1, 1982.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. **Violências em tempo da globalização**. São Paulo: Hucitec, 1999.

\_\_\_\_\_. Microfísica da Violência, uma Questão Social Mundial. **Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência**. jul./ago./set. 2002. p. 22-4.

\_\_\_\_\_. As lutas sociais contra as violências. **Revista Política e Sociedade**. v. 6, p. 71-100. Florianópolis, 2007.

\_\_\_\_\_. **Violências e conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

WACQUANT, Loic. **As prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 2001.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. Tempo Social, **Rev. Sociol. USP**: São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-41, 1997.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1, 7 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.