

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

FELIPE ROSA DA SILVA

**OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL COMO
LIMITAÇÃO AO EXPANSIONISMO PUNITIVO: a discussão em torno da redução da
maioridade penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea**

MACEIÓ
2016

FELIPE ROSA DA SILVA

**OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL COMO
LIMITAÇÃO AO EXPANSIONISMO PUNITIVO: a discussão em torno da redução da
maioridade penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea**

Dissertação a ser apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), Universidade Federal de Alagoas (UFAL), como requisito fundamental, para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

MACEIÓ

2016

S586f Silva, Felipe Rosa da.

Os fundamentos constitucionais do direito penal como limitação ao expansionismo punitivo : a discussão em torno da redução da maioridade penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea / Felipe Rosa da Silva. - 2016.

213 f.

Orientadora Elaine Cristina Pimentel Costa.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2016.

Bibliografia: f. 205-213.

1. Direito penal – Fundamentos constitucionais. 2. Maioridade – Brasil.
3. Responsabilidade penal. 4. Expansão penal. I. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

AUTOR: FELIPE ROSA DA SILVA

**OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL COMO
LIMITAÇÃO AO EXPANSIONISMO PUNITIVO: a discussão em torno da redução da
maioridade penal como expressividade da expansão punitiva contemporânea**

(Dissertação de Mestrado em Direito, da Universidade Federal de Alagoas, na forma
normalizada e de uso Obrigatório)

Dissertação submetida ao corpo docente
do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Alagoas e
aprovada em / /2016.

Dra. Elaine Cristina Pimentel Costa (Orientadora)

Banca Examinadora:

Dr. (...) (Examinador Externo)

Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (Examinador Interno)

Dra. Olga Jubert Gouveia Krell (Examinadora Interna)

Dedico este trabalho àqueles que, lamentavelmente, se embruteceram devido a uma penalização excessiva (fenômeno que almejo tornar-se diferente no futuro), bem como aos profissionais (não só do Direito) que se esforçam em busca de soluções que sejam adequadas, comprometidas, até mesmo penais para o problema da criminalidade, porém evitando, ao máximo, não socorrer-se ao aviltamento e desvalorização do ser humano.

AGRADECIMENTOS

Estes sintagmas, que ora emprego, são os únicos que restaram para que eu pudesse produzir o texto de agradecimentos. Por certo, não representam as palavras mais rebuscadas ou até mesmo trabalhadas com esmero, uma vez que o principal esforço intelectual foi direcionado à construção do texto dissertativo. Porém, eu não poderia deixar de fazer remissão a tudo que vivi nos últimos anos, bem como de agradecer àqueles que foram tão fundamentais, quanto o meu próprio empenho ou o substrato jurídico que tive para realizar a dissertação.

Muito mais do que esta obra em si, vejo que o Curso de Mestrado foi uma experiência vivida com intensidade, de modo que levarei para a vida os aprendizados adquiridos nos últimos dois anos.

O esforço diuturno para – em meio a viagens, audiências, deslocamento em coletivos e até mesmo momentos de lazer – dar conta de todas as tarefas e exigências desta Pós-Graduação trouxeram dispêndios e dúvidas, quanto à conclusão do Curso. Cogitei, acaso concluísse, se haveria de fazer um trabalho a contento.

Levar a sério um curso, tal qual o de Direito, significa uma verdadeira aventura. Direito é difícil, especialmente, quando nos propomos a não só estudá-lo, mas, sobretudo quando ousamos compreendê-lo para explicá-lo.

Neste passo, as monografias, artigos, *papers*, seminários, discussões, apresentações de trabalho e a própria dissertação exigiu dias e noites de exercício intelectual, de sorte que escrever tornou-se uma atividade corriqueira, porém tão inquietante, a ponto de despertar o desejo pela pausa, pois é na escrita que nós descobrimos quem somos, o verdadeiro desejo que nos move a escrever e o quão pouco conhecemos o que imaginamos saber. Em verdade, nos surpreendemos com nós mesmos, a ponto de não querer mais descortinar o que a escrita tem a nos dizer, mesmo quando nada temos a colocar no papel.

Por certo, a construção destes agradecimentos não é algo que desperte interesse de um possível leitor desta obra. Contudo, ressalto – sobretudo, agora que posso compor um texto em primeira pessoa – que as palavras justapostas neste breve texto são as mais originais, quicá mais autênticas do que a produção que virá pela frente, onde mesmo eu tendo feito referência a toda ideia em que me apoiei para construir minha tese, não consegui imprimir tanta autenticidade, quanto estabeleço agora. Portanto, muito do que será dito, logo mais, já foi pensado por inúmeras pessoas, já adianto.

De todo modo, embora não tenha palavras para dizer obrigado, penso que seria um profundo golpe de ingratidão não registrar os agradecimentos. Por isso, segue a tentativa.

Inicialmente, agradeço a Deus por me guiar durante todo este tempo de pesquisa. Ele, melhor do que ninguém, sabe tudo que passei para concluir esta obra, que mesmo não sendo um *best-seller*, deu muito trabalho para ser feita. E claro: seria um estelionato intelectual não fazer remissão Àquele que me deu todos os dons necessários para produzir o que me predisps a fazer. Nenhum dom que possuo foi por mim escolhido ou criado. Pelo contrário, simplesmente, nasci com ferramentas intelectuais. Por tudo isso Senhor e muito mais, deixo nestas frases tão simplórias o meu muito obrigado a Ti!

Como de costume, os pais e família sempre aparecem nos agradecimentos. Comigo não é diferente. Agradeço aos meus pais, Antônio e Terezinha, as minhas irmãs Maria Rosa e Maria Helena, e todos os meus familiares que suportaram as explicações sobre meu tema durante estes longos anos de Mestrado. Pela paciência, muito obrigado!

Uma dissertação de Mestrado não é feita a duas mãos apenas, mas passa por mentes múltiplas, até mesmo de pessoas que não conhecemos diretamente. Por isso, registro meu muito obrigado a todos aqueles que se propõem estudar o Direito, encarando seus questionamentos e problemas mais densos.

Agradeço ainda, a todos meus professores do Mestrado, que, certamente, me influenciaram nesta caminhada, especialmente, a Professora Elaine Pimentel, por ser uma sublime orientadora, sempre presente, atenciosa e disponível. Desde a graduação acompanhando o que escrevo, ela sabe melhor do que ninguém, o pouco que sei e o muito que precisei fazer para aprender uma mínima porção de conhecimento jurídico. Obrigado Professora por acreditar neste trabalho. Vou te levar comigo, qual exemplo de Mestre!

Agradeço ainda, aos juristas que compõem a turma 10 do Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas. Senti-me muito honrado por fazer parte deste seleto grupo. Em especial, agradeço aos companheiros de classe Plínio, Alanna, Ribeiro, Karina, Viviane, Vanessa, Pedro, Luís, Arthur, Rodrigo, Ailton, Hilda, Carla, Raquel, Gustavo, Lucas e Fátima. Além de ter aprendido muito com cada um de vocês, sei que todos me foram muito caros neste tempo.

Agradeço também aos funcionários do Programa de Pós Graduação de Mestrado, em especial, a Sara, Fabrício, Flávio e Alexandre por serem pessoas presentes, no dia a dia, da FDA. Sei que a diligência de todos vocês são fundamentais para que o Programa possa seguir adiante. Agradeço, em especial, a minha amiga Sara Albuquerque, por nunca me ter deixado desestimular naquilo que acredito ser minha vocação.

Agradeço a rede pública de ensino, porquanto tem sido a responsável pela minha formação profissional desde o primeiro ano do ensino médio. Agora, de forma especial, agradeço à Universidade Federal de Alagoas – UFAL, à Faculdade de Direito de Alagoas – FDA e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (sobretudo, pela concessão da bolsa de estudos, a fim de aparelhar financeiramente a pesquisa) pela oportunidade de cursar o Mestrado em Direito Público.

Não posso olvidar também de todo auxílio e compreensão que tive dos meus colegas de profissão. Por isso, registro meus agradecimentos a toda equipe do Escritório Paes, Almeida e Albuquerque Advogados, nas pessoas dos advogados Arthur, Fabrício, Vagner, Pedro, Henrique e Victor, principalmente, por terem acreditado em meu trabalho, possibilitando que eu tivesse um complemento profissional, sem o qual esta dissertação não teria sido da mesma maneira. Espero que todo o tempo que fiquei ausente do escritório para trabalhar nela possa algum dia, ser revertido em prol da advocacia que realizamos. Eis a minha dívida com vocês. Obrigado por terem apostado no futuro.

Agradeço ainda, aos amigos que correndo pela via paralela de minha vida nunca deixaram de me apoiar, em especial, Euclides Lira, Antonio Ugá, Vinicius Rosendo, Caroline Maria, Rosa Maria, Estácio Gama e Jéssica Nunes.

Além disso, agradeço a todos aqueles que em seu silêncio, especialmente, na vida de oração, acreditaram e torceram por mim. Meu muito obrigado aos amigos da Comunidade Católica Shalom, vocação que Deus me presenteou. Bendito seja o carisma que me resgata todos os dias! Destaco meu profundo agradecimento, mormente por terem sinalizado a Essência que sustenta toda vida e criação. A vocês, desejo muito mais que um simples obrigado, vos saúdo com toda sinceridade de meu coração: Shalom!

Por fim, agradeço a Carla Magalhães, por ser o ponto de refúgio, compreensão e consolo. Quando eu já cansado e ferido das batalhas diárias, percebia você abrindo mão de seus problemas e acolhendo os meus. Pela melhor vida partilhada, pelo estímulo inigualável, pelo único amor: Obrigado!

RESUMO

Verifica-se, na sociedade contemporânea, o acentuado clamor popular pela expansão do direito penal, especialmente, na intensificação do uso das sanções penais. Nesse contexto, este trabalho tem por intuito compreender como esta expansão punitiva se configura, bem como de que maneira seria possível encontrar limites para tal fenômeno. Inicialmente, se mostra importante recordar os fundamentos do direito de punir, bem como os pontos de esteio do direito penal e vinculação deste ramo com a Constituição. A partir de então, analisa-se como a sociedade de hoje se comporta, à luz das reflexões de Zygmunt Bauman, porquanto contribui, consideravelmente, para se compreender melhor as raízes que sustentam as reivindicações por punições mais intensas. Uma vez configurada a expansão punitiva, especialmente, em sua modalidade intensiva, procura-se descrever os efeitos acarretados por tal fenômeno, nem sempre, divulgados ao seio popular. A fim de imprimir contornos mais concretos e atuais à temática toma-se o caso da redução da maioria penal, como uma das maiores expressões desta expansão punitiva contemporânea. Por fim, tem-se por intuito colacionar os fundamentos constitucionais do direito penal, inspirados por uma corrente minimalista e encampados pela Constituição pátria – os quais detém o condão de orientar a forma do poder de punir ser exercitado – procurando-se assim encontrar limites para tal ferramenta que o Estado possui, intento que acaba por proteger os direitos e garantias positivados no Texto Constitucional, bem como os próprios fundamentos e objetivos de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Fundamentos constitucionais do direito penal – Modernidade Líquida – Expansão do direito penal – Maioridade Penal – Direito Penal mínimo – Limites ao Poder de Punir.

ABSTRACT

There is, in contemporary society, the sharp popular clamor for expansion of criminal law, especially the increased use of criminal sanctions. This work is meant to investigate how this punitive expansion is configured and how it would be possible to find limits to such a phenomenon. Initially, it shows important to remember the foundations of the Right to Punish, as well as the mainstay of points of criminal law and linking this sector with the Constitution. Since then, it analyzes how today's society behaves, in the light of the reflections of Zygmunt Bauman, as it is instrumental, pretty, to better understand the roots that support claims for more intense punishment. Once set punitive expansion, especially in its intensive modality, seeks to describe the effects entailed by such a phenomenon, not always disclosed to the popular breast. In order to print more concrete and current outlines the subject takes up the case of reduction of criminal responsibility, as an example of this contemporary punitive expansion. Finally, there is a purpose collate the foundations of criminal law, inspired by a minimalist current and taken over by the Constitution country - which has the power to guide the shape of the power to punish be exercised - thus attempting to find limits for such tool that the state has, attempt which ultimately protect the rights and guarantees positivized in the Constitution and the very foundations and objectives of an authentic Democratic State.

Keywords: Constitutional Foundations of Criminal Law - Liquid Modernity- Expansion of Criminal Law - Criminal Majority - Criminal Law Minimum - Limits on Punish Power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO PENAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO	15
2.1 Uma breve reflexão acerca do uso do direito penal	15
2.2 Em busca dos fundamentos do direito/poder de punir do Estado	16
2.3 Discutindo a legitimação do direito penal	21
2.4 A relação entre <i>Jus Poenale</i> e <i>Jus Puniendi</i>	27
2.5 Direito Penal e sua relação com a Constituição: O Panorama Brasileiro	30
2.6 A necessidade de refletir a projeção feita no direito penal numa sociedade clamante por punição	33
3 UMA ANÁLISE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA A PARTIR DE ZYGMUNT BAUMAN	42
3.1 Considerações acerca da sociedade contemporânea e a proposta por uma delimitação temática	42
3.2 Da dinâmica da globalização e tecnologia, ao ser humano em constante movimento	48
3.3 A preferência pelo que seja mais imediato e demande menos esforços	51
3.4 Um mundo de riscos e incertezas: A abertura para a sensação de insegurança e medo	58
3.5 A cultura do consumo na contemporaneidade e seu reflexo na aquisição de segurança	65
3.6 O surgimento da Expansão punitiva na Modernidade Líquida	77
4 A CONFIGURAÇÃO DO EXPANSIONISMO PUNITIVO MODERNIDADE LÍQUIDA	83
4.1 Delineando a expansão punitiva intensiva na Modernidade Líquida	83
4.2 O crescimento do movimento punitivo e a demanda por punição	92
4.3 O socorro ao direito penal, para solucionar os problemas da sociedade	99
4.4 A influencia dos meios de comunicação sensacionalistas no reforço ao clamor punitivo	104
5 A DEFESA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO EXPRESSIVIDADE DO EXPANSIONISMO PUNITIVO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS DECORRENTES DA EXPANSÃO PUNITIVO-INTENSIVA	115
5.1 Uma análise dos discursos em torno da redução da maioridade penal, como expressividade das características do expansionismo punitivo contemporâneo	115
5.2 O Risco do predomínio da Legislação Simbólica	124
5.3 A contribuição com a inflação legislativa: o crescente número de leis penais	129
5.4 A Correspondência com a vontade de punir oriunda do seio popular e o risco à abertura ao oportunismo político	133
5.5 Discriminação de pessoas e criação de estereótipos de “inimigos internos”:	

a abertura para a importação do direito penal do Inimigo à legislação pátria	141
5.6 Do confinamento dos inimigos internos ao fenômeno do Encarceramento em Massa e a descaracterização da figura humana	150
6 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO EXPANSIONISMO PUNITIVO	160
6.1 Em busca dos Limites ao Expansionismo Punitivo Contemporâneo	160
6.2 Da função garantista ao modelo de direito penal mínimo, como forma limitativa ao poder de punir	164
6.3 Constituição Federal de 1988: lugar de abrigo dos limites à expansão do poder de punir	173
6.4 Os fundamentos do direito penal, como limitação ao expansionismo punitivo	176
6.4.1. O princípio da intervenção mínima e a salutar provocação por alternativas à escolha primariamente punitiva: a (re) propositura do direito penal como <i>ultima ratio</i>	180
6.4.2 Princípio da humanidade: da necessária recordação do passado à proteção imperativa e sempre nova dos direitos fundamentais do ser humano	185
6.4.3 O princípio da legalidade penal e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais por meio da exigência de lei para criminalizar condutas e/ou enrijecer sanções penais	190
6.4.4 Princípio da culpabilidade: da responsabilidade penal subjetiva ao limite de uma disseminação do suposto mal pertencente do sujeito criminoso	194
6.4.5 O princípio da individualização da pena como limite ao acolhimento da criação de estereótipos de inimigo e das penas tarifadas	197
7 CONCLUSÃO	202
REFERÊNCIAS	205

1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que a sociedade contemporânea, acentuadamente marcada pelo desenvolvimento de meios tecnológicos e globalizantes, encontra-se cada vez mais certificada quanto a uma série de riscos e problemas que possui o condão de incomodar o convívio social. Esse cenário é propício, graças à facilidade com que os fatos são divulgados nas redes e mídias sociais, circunstância que ascende paralelamente, no meio popular, o anseio a fim de buscar soluções rápidas para lidar com as mazelas sociais, de maneira especial, a criminalidade urbana que lhe amedronta diuturnamente.

Nesse cenário, o público, amparado pela crença de que os instrumentos punitivos que o direito penal traz em seu bojo – notadamente as penas – seriam meios idôneos para frear os males que a sociedade não deseja mais ter em proximidade, assim, projeta-se nessa seara do direito o lugar de onde se podem extrair as ferramentas e antídotos necessários para conter as situações que mais incomodam o meio social.

Nessa senda, é lugar comum escutar vozes que brotam do cenário público, hoje em dia, clamantes por mais punição, seja visando a criminalização de condutas, até então estranhas à legislação penal, seja tendo por meta a intensificação das sanções penais para delitos, que o direito penal já tem por costume tutelar, a fim de que os indivíduos, tidos como fontes de perigo para a sociedade, sejam severamente punitivos e/ou sintam-se inibidos de praticar novos crimes.

Tal fenômeno vem sendo denominado pela doutrina especializada na matéria de “Expansão do Direito Penal”¹, movimento que tem surgido no seio popular e procura alargar o campo de atuação dos instrumentos que este ramo do direito comporta, tanto a título extensivo, quanto de modo intensivo, este eleito para enfoque no decorrer do presente estudo.

Outrossim, vislumbra-se que a correspondência aos anseios insertos nesse expansionismo punitivo tem desencadeado, em via paralela, fenômenos que representam verdadeiros efeitos colaterais deste movimento, de modo que para além da expansão punitiva não ter êxito nas soluções que almeja alcançar, percebe-se ainda que tem acarretado outros problemas para o Estado cuidar, situações que, por sua vez, nem sempre são noticiadas ao público.

¹ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007

A atual e já longínqua discussão em torno da redução da maioria penal, que há muito permanece no Brasil, expressa um fenômeno maior, o qual vem ocorrendo na sociedade, que é o expansionismo punitivo, especialmente na modalidade intensiva. Por tal razão, toma-se essa expressão do cotidiano como objeto de estudo, justamente para se explicar como as características da expansão punitiva se fazem presentes nos discursos em torno da punição na contemporaneidade, bem como quais consequências podem advir da correspondência aos clamores punitivos, no caso específico da redução da maioria penal.

Ao se eleger esta temática para problematizar o tema central desse estudo, a emissão de opiniões a respeito da redução ou não da maioria penal, por seu turno, ficará em segundo plano. Procurar-se-á enfocar a dimensão constitucional do problema, apontando, especialmente, como os fundamentos do direito penal previstos na Constituição Federal podem se revelar instrumentos valiosos para a realização de análises e discussões em torno da Proposta de Emenda Constitucional N. 171/93, que busca através da reforma do art. 228 da Carta Magna, reduzir o marco etário da maioria penal.

Nessa toada, ao se partir em busca de possíveis mecanismos que possam frear a utilização dos instrumentos de punição encampados pelo poder coercitivo Estatal, encontram-se os fundamentos do direito penal, cujos conteúdos e mecanismos que possuem, detém o condão de limitar o exercício do poder de punir de maneira desenfreada.

Portanto, este trabalho tem por objetivo analisar como os fundamentos do direito penal, notadamente aqueles que se encontram vazados na Constituição Federal – ainda que implicitamente – podem funcionar como mecanismos de limite à expansão do poder de punir do Estado, considerando que a sociedade contemporânea clama pelo expansionismo da utilização do aparato coercitivo estatal, mediante a criminalização de condutas e intensificação das sanções penais, com a finalidade de combater os problemas e situações que mais incomodam a população.

No primeiro capítulo, procura-se discorrer acerca do que se compreende por direito penal, a fim de que, denotando-se as funções e fundamentos característicos dessa seara jurídica, possa-se fazer um contraponto com as exigências e visões que contemporaneamente se projetam neste ramo do direito.

Na segunda parte deste trabalho, procura-se realizar uma leitura da sociedade atual, a partir de Zygmunt Bauman², com a finalidade de, ao se descrever as principais características que ajudam na compreensão da forma como o corpo social vive e se comporta, hoje em dia,

² BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8.

seja possível vislumbrar as perspectivas e exigências feitas no direito penal, e como tais caracteres da sociedade atual enraízam ou quando menos influenciam o movimento expansivo desse ramo do direito.

Em sequência, no terceiro capítulo dessa dissertação, tem-se por objetivo configurar o que se tem compreendido por expansão punitiva, com intuito de imprimir contornos mais nítidos a esta temática recorrente às produções acadêmicas voltadas à criminologia, à política criminal e ao direito penal, oportunidade em que será esclarecido também que tipo de expansão punitiva o presente estudo optou por se debruçar.

No quarto compartimento da pesquisa, toma-se a discussão recente em torno da redução da maioridade penal, haja vista expressar os sintomas do punitivismo contemporâneo que se investiga neste trabalho, para listar os fenômenos decorrentes da correspondência aos clamores por mais punição, visando ainda demonstrar como a expansão punitiva não vem conseguindo solucionar aquilo que procura combater, além de contribuir para a geração de determinados problemas e agravamento de tantos outros, nem sempre divulgados ao público ou até mesmo associados ao expansionismo punitivo.

Por derradeiro, tomam-se por apoio os fundamentos do direito penal, mormente aqueles que se acham prescritos na Constituição Federal para encontrar os limites da expansão punitiva contemporânea, que ora poderá ser frenada diretamente, ora passará pelo intermédio dos próprios operadores e agentes públicos, haja vista que estes detêm condições de limitar o poder de punir do Estado, o qual pode vir a ser utilizado para corresponder à demanda por punição.

Buscando cumprir esse desiderato, construiu-se o presente texto dissertativo, através de cinco capítulos, elaborados com propósitos específicos, a fim de efetuar seu escopo primacial, qual seja, analisar como os fundamentos do direito penal podem limitar a expansão punitiva contemporânea, combatendo os efeitos decorrentes dos anseios populares e ao mesmo tempo efetivando os direitos e garantias fundamentais do cidadão – e de maneira peculiar de crianças e adolescentes – inerentes ao Estado Democrático de Direito e insculpidos na Constituição Federal.

2 O DIREITO PENAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

“[...] no campo do direito penal entra-se, imediatamente, em contato com problemas que põem em causa toda a concepção de vida daqueles que os enfrentam: é a natureza do homem que constitui o ponto crucial da matéria. [...]”

(Giuseppe Bettiol. **O problema Penal**, p. 13).

2.1 Uma breve reflexão acerca do uso do direito penal

É comum que temas relativos ao campo do direito penal estejam presentes em discussões de destaque no mundo contemporâneo; acontece, porém, que nem sempre o que se entende acerca de temas e institutos jurídicos afetos ao direito penal, ou até mesmo o que se compreende por tal ramo, condiz com o seu real significado.

Tem-se percebido que a expansão punitiva contemporânea tem representado uma espécie de nascedouro dos clamores sociais hodiernos que defendem a aplicação de um direito penal cada vez mais recrudescido do ponto de vista punitivo.

É comum brotar na sociedade reivindicações e exigências por penas mais severas, flexibilização de garantias, aceleração de procedimentos criminais, entre outras mudanças, que para além de contraditar com normas positivadas no ordenamento jurídico, andam na contramão de fundamentos do direito penal.

Diante de um quadro como esse, faz-se necessário apresentar reflexões e conceitos fundamentais acerca do direito penal, com o intuito de que se possa compreender o que significa e quais serventias são possíveis extrair desse ramo do direito.

Isso porque, no mergulho às problematizações mais caras ao direito penal, percebe-se que tal ramo da seara jurídica serve mais para pacificar o ambiente de tensão causado pelo crime, buscando proporcionar a coexistência social, do que pretende de alguma forma intensificar a sede punitiva da sociedade.

Ademais, ante uma realidade, em que o direito penal almeja ser utilizado como panaceia para os males da sociedade, ou até mesmo como instrumento para corresponder às exigências do público que mais alimenta a sede punitiva tão somente, do que, efetivamente, se preocupa com as consequências que o ato de punição pode acarretar – até porque, muitos dos efeitos colaterais decorrentes do expansionismo punitivo não são divulgados para a população, como o incentivo ao recrudescimento penal.

Urge que os fundamentos do direito penal sirvam de base para se compreender o que tal ramo significa, para que, a partir de então, ampliem-se as discussões, sobre como e onde o direito penal pode atuar, considerando as exigências contemporâneas.

Por tal razão, antes de se recorrer ao uso do direito penal como resposta primeira para resolver problemas que assolam a sociedade, revela-se necessário conhecer um pouco mais acerca desse instrumento, tão em voga nas vozes populares, porém tão pouco compreendido, o que se afigura ainda mais intrigante, por vezes, até mesmo, desvirtuado de seus fins.

2.2 Em busca dos fundamentos do direito/poder de punir do Estado

A condição de se viver em grupo acarreta a necessidade de se desenvolver instrumentos que possibilitem concretude a esse objetivo, de sorte que a criação de um conjunto de regras para reger o comportamento dos partícipes de determinada comunidade, não deixa de ser um dos instrumentos cunhados pelo homem, para lhe auxiliar no alcance desta vida em meio a seus semelhantes.³

Referida lição é encontrada já nas primeiras linhas que apresentam o estudo do direito, compreendido enquanto conjunto de regras que orientam a conduta dos indivíduos que vive em sociedade. Nesta linha cognitiva, anota Luiz Regis Prado que “[...] o homem, por sua própria natureza, vive e coexiste em comunidade (*relatio ad alterum*). O Direito regula o convívio social, assegurando-lhe as condições mínimas de existência de desenvolvimento e paz”.⁴

Nessa perspectiva, que atine à dimensão da coexistência social, é lugar comum que na seara do direito seja ventilada, sobretudo nas colocações introdutórias de obras jurídicas, o brocardo latino “*Ubi omo, ibi societas; Ubi societas, ibi Jus*”⁵, que quer dizer “Onde há homem, há sociedade; onde houver sociedade, haverá o direito”, certamente, com o fito de aludir à dimensão social que se encontra inerente a razão de existir regras para orientar a vida do homem que vive em grupos.

Tangenciando a matéria abordada, anota Marcos Bernardes de Mello que o Direito é algo que se torna necessário ao homem, na medida em que ele passa a viver em sociedade; isso porque, enquanto permanece sozinho, não carece de pautas de conduta para reger sua

³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo; Saraiva, 2002, p. 02.

⁴ PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º a 120. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7.

vida, “somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade, e condutas interferem entre si, é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade de entrecosques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos”.⁶

Assim, exatamente, com o intuito de desenvolver meios para possibilitar a convivência entre os semelhantes, o homem, ora concebido enquanto animal social, ao longo de sua história, criou regras para orientar a conduta de seus semelhantes. Por isso, Miguel Reale⁷ assinala que a própria palavra “regra” guarda íntima relação com “régua”, visto que ambas decorrem do mesmo sintagma latino originário, qual seja, *regula*, de sorte que, enquanto a primeira procura oferecer um direcionamento no plano cultural e espiritual, a segunda atua no plano físico, material.

O que se procura aludir, por ora, diz respeito à criação de regras dirigidas ao convívio social pelo homem, normalmente contidas nas leis, que são produzidas com o fim de reger a vida em comunhão, de maneira que a legislação penal compõe o universo das leis que regendo as condutas dos indivíduos, comportam dentro si a abertura para construção de normas jurídicas, mormente as criminalizantes, as quais devem ser utilizadas tão somente, quando outras sanções não tiverem condições de lograr êxito neste resultado, brotando aí a justificativa do direito penal, apenas intervir minimamente, consoante alude Luiz Luisi.⁸

Assim, é lugar comum, quando se aborda esse específico conteúdo que pode estar contido numa lei, surgirem indagações, que inquietam muitos estudiosos ao longo da história, especialmente, em relação ao fundamento do direito de punir do Estado, isto é, qual seria a razão ou necessidade que levaria o homem a editar uma lei que comportasse consigo a imposição de uma pena, bem como por que motivo seria um instrumento, a ser utilizado pelo indivíduo para lhe ajudar no objetivo de lograr êxito na coexistência social e quando, como também de que maneira poderia ser aplicada para cumprir referido desiderato.

Questionamentos desse tipo contornam o estudo do direito penal, desde sua gênese. Talvez, por essa razão, Giuseppe Betiol⁹, ao adentrar nos recônditos da seara penalista, se permita afirmar que o direito penal poderia ser qualificado como uma espécie de filosofia:

Se filosofar é tomar conhecimento integral das questões que são objeto de investigação, procurar as suas causas remotas, estudar as suas finalidades, enquadrar as mesmas questões numa determinada concepção da vida, o direito penal é, antes de

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit., p. 7.

⁷ REALE, Miguel. Op. cit. p. 26.

⁸ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39.

⁹ BETIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p.18.

mais nada, *filosofia* [...]. Ora o direito penal abarca, precisamente, os maiores problemas da vida: a natureza do homem, a existência ou não de uma liberdade, a ideia de uma culpa moral, a do castigo, a possibilidade de uma redenção, a pena de morte, e assim sucessivamente.

Nessa linha de intelecção, denota-se já ser possível antever que o campo do direito penal tangencia questões densas, que demandam acentuadas doses de tempo e esforço para se compreender sua serventia e modo de operar, desafio este que fora assumido por muitos estudiosos de diversas searas do saber, inclusive, ao longo da história.

Vê-se, na visita à perspectiva contratualista, cujo surgimento se deu entre autores do século XVIII e que se encontra, entre outras construções teóricas, na obra *Leviatã*, escrita pelo filósofo Thomas Hobbes, a seguinte percepção: devido à necessidade de o homem ter que vencer a condição conflituosa de guerra entre os seus, decorrente das paixões naturais que os particularizaria, o levou a desenvolver alguma forma de superar tal realidade, a fim de alcançar o que esse autor denomina de “própria conservação e vida mais satisfeita” que de alguma maneira o homem ansiava.¹⁰

Segundo Hobbes, surgiu a necessidade de cada partícipe do seio social ceder parcela de sua liberdade ou “o poder de resolver tais conflitos” a um homem, ou uma assembleia de homens, que por deter mais força e poder, implantaria ordens, mediante leis, as quais forçariam o respeito dos homens rumo à finalidade social pretendida.¹¹

O pensamento deste filósofo sinaliza que o homem buscava algum tipo de instrumento ou meio que fosse utilizado por alguém eleito para tanto, que nesse caso, seria a lei e a figura do ente soberano, a fim de garantir a pacificidade no seio social, haja vista que os homens por si só não estavam conseguindo lograr esse êxito; pelo contrário, se encontravam num estado de guerra e conflitos.

Hobbes assevera que esse ente poderoso forçaria, até mesmo mediante o castigo, o cumprimento deste fenômeno que ele denomina de pacto social, o qual seria o meio idôneo a garantir a segurança que afastaria o estado de guerra e conflitos entre os homens.¹²

Denota-se ainda que nesta abordagem hobessiana, desponta um fator tão importante, quanto ao nascedouro de uma lei de forte conteúdo impositivo para reger as condutas sociais, que é o nascimento da própria concepção de Estado Moderno, o qual, por seu turno, nasce ao mesmo tempo em que brota o conceito de soberania.

¹⁰ HOBBS, Thomas. Coleção Obra-Prima de cada autor. **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. por Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 127-131.

¹¹ HOBBS, Thomas. Op. cit. 127-131.

¹² HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 131.

Isso porque, para Hobbes, a soberania fora alcançada, graças à soma das parcelas das liberdades dos demais partícipes da sociedade, que concordaram em conferi-las a um só homem, o qual passou a deter todo esse poder, que lhe tornou o único ente a impor leis, as quais passariam a não trazer conteúdo de conselho, mas sim de ordem,¹³ de sorte que considerando a força deste ente, ele teria mais condições de fazer valer o conteúdo inserto nas leis que editasse, bem como legitimidade para operá-las, uma vez que sua atuação se daria com vistas a proporcionar a segurança necessária à coexistência social.

Nesse sentido, encontra-se o pensamento de Cesare Beccaria¹⁴, porquanto entende que não apenas a noção de soberania repousa na soma das parcelas de liberdades em prol do bem geral, mas também, e principalmente, que tal fenômeno apenas acontece devido à necessidade, inerente à fadiga do homem de viver em meio a temores e inimigos, que o obrigaria a efetuar este sacrifício de ceder parcela de sua liberdade com o intuito de usufruir o restante com mais segurança.

Ou seja, é a necessidade de ter que alcançar uma vida mais segura, no dizer de Beccaria, ou uma vida de maior satisfação, como prefere Hobbes, que levaria o homem a ceder parcela de algo que lhe é muito caro – sua liberdade – com vistas a desenvolver um novo meio que proporcione o alcance deste objetivo.

Assim, pode-se dizer que o anseio do homem em poder coexistir com um pouco mais de segurança é tamanho, a tal ponto dele sacrificar parte de um de seus direitos mais caros, inerentes a sua própria existência humana, justamente, em prol do alvo aludido.

Inserto neste fenômeno, que Hobbes, por exemplo, denomina de pacto social, o homem abre mão de resolver por si mesmo os conflitos que se deparar no dia-a-dia, uma vez que o soberano passa a ser o ente legítimo a executar essa tarefa. Ou seja, na cessão desta parcela de liberdade, o homem aceita deixar de executar justiça com suas próprias mãos, colocando a cargo do Leviatã lidar com casos dessa natureza.

Nessa linha de cognição, assevera Beccaria que, justamente, “a reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. [...]”¹⁵, de modo que a concretização da pacificidade social seria alcançada através do exercício deste direito, a ser efetuado pelo poder soberano, com a edição de leis, por exemplo, emitidas em forma de ordens, a serem endereçadas à sociedade, que no caso da lei penal, portaria consigo um conteúdo punitivo mais severo, a fim de emplacar seu conteúdo no seio da sociedade.

¹³ HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 197.

¹⁴ BECCARIA, Cesare. Coleção Obra-Prima de cada autor. **Del Delitti e Delle Pene**. Trad. por Torrieri Guimarães. 6ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, p. 18-19.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit. p. 19.

Verifica-se que tal forma de pensamento alcança a maneira dos estudiosos da seara penal raciocinarem até os dias de hoje, pois com apoio nesta perspectiva – normalmente cunhada pela expressão contratual – autores como Claus Roxin¹⁶ afirmam que em tal linha intelectual:

Parte-se de uma hipótese, segundo a qual todos os habitantes de determinado território celebraram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais e de outras regras. [...].

Sem embargo, adotando por base a interpretação dessa concepção contratualista, tida pelo jurista alemão, é possível inferir – tomando por apreço, exatamente, o fato de que o sacrifício desta parcela de liberdade ter em vista o alcance da coexistência livre e pacífica – que a lei penal, limitadora do indivíduo em sua liberdade de agir, segundo assinala Roxin, encontra-se balizada por essa própria finalidade de existir, qual seja, a sobredita coexistência, de modo que não poderia proibir a ação humana além do que seja necessário para garantir tal objetivo.¹⁷

Assim, vem-se construindo a ideia de que o direito seria o conjunto de regras, veiculadas pelo Estado mediante instrumentos normativos, como é o caso da lei, com vistas a orientar ou direcionar a conduta dos homens que vivem em sociedade. Daí a palavra direito, oriunda do vocábulo *directum*¹⁸, para aludir ao fato de que teria por serventia dirigir a conduta dos homens à colimada coexistência livre e pacífica na sociedade.

Desta forma, o direito, compreendido como esse conjunto de regras que intervém sobre as mais variadas formas e dimensões na vida do indivíduo, cumpre o papel de prestar essa segurança aos homens, que se reflete na coexistência com pacificidade, de modo que, dentro desse universo jurídico, se encontram também as leis penais, que, segundo Roxin, encontram-se limitadas pela finalidade para a qual foram criadas, ou seja, tão somente podem ir até onde cumprirem com seu mister, mormente a lei penal, uma vez que a pena deve intervir apenas quando outros meios menos gravosos não conseguir alcançar os resultados pretendidos.¹⁹

Nessa linha de pensamento, pode-se inferir que o fundamento do direito/dever de punir representa uma das formas de o Ente Soberano, por ser o detentor da força e poder maior de uma sociedade, intervir nas relações sociais, chamando para si a responsabilidade de

¹⁶ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

¹⁷ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 33.

¹⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 49.

¹⁹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 33.

resolver os conflitos que por ventura apareçam, preservando assim a condição necessária para que os homens possam coexistir pacificamente. Afinal de contas, foi por essa razão, que cada indivíduo de *per si* abriu mão do seu poder de resolver o conflito por si só e deixar a cargo do Poder Soberano solucionar as contendas que surjam no seio social.

Tal finalidade, a ser cumprida pelo direito penal, ora compreendido como o conjunto de leis penais (vislumbrando-se nestas, desde já, o que vaticinou Claus Roxin, acerca da gravidade de sua interferência na vida social), assume vital importância numa sociedade, tendo em vista que a pena, instrumento utilizado pelo Estado, para conter o agente criminoso, visa não apenas reparar a lesão à esfera jurídica de outrem, mas também reverter a tensão de toda uma coletividade, haja vista a ação criminosa atingir o grupo social como um todo.

Isso porque a prática de um crime, que não deixa de ser uma espécie de desvio de conduta, acarreta, consoante assinala Alberto Jorge Correia de Barros Lima, “[...] a quebra de expectativas do grupo, gerando insegurança, receio, medo com o *status* vigente.”²⁰, surgindo, portanto, o controle social formal (tendo em vista que detém como fonte, o Estado) exercido pelo direito penal, como um meio de conter o conflito gerado entre autor e vítima, cumprindo assim o mister de restabelecer a pacificidade social ou quando menos minorar o ambiente de medo e receio gerado pelo cometimento do delito.

Assim, com apoio na perspectiva ora abordada, pode-se dizer que o fundamento do direito de punir reside na finalidade de se utilizar o conteúdo prescritivo veiculado pela lei penal para resolver os conflitos inarredáveis ao convívio humano, com vistas a possibilitar o que se chama de bem comum ou paz social, que não é outra coisa senão a coexistência social livre e pacífica no seio da sociedade.

2.3 Discutindo a legitimação do direito penal

Se o anseio por uma pacificidade social é algo pretendido pelo grupo, a tal ponto de cada indivíduo sacrificar a parcela de sua liberdade para um único ente, que assume a função de lograr êxito em tal mister almejado; percebe-se, nada obstante, que em relação à legitimidade do direito penal – no que tangencia a legitimação pena/sociedade em primeiro plano – diversas perspectivas se insurgem, com visões particulares acerca da utilização das sanções penais.

²⁰ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional:** a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

Cumpra anotar, de início, que é comum atribuir ao direito penal a *função de proteger os bens jurídicos*, os quais representam os interesses vitais do indivíduo ou da comunidade, consoante anota Luís Regis Prado²¹, de modo que quando o legislador criminaliza determinada conduta procura, através dessa criminalização, proteger algum bem jurídico, que representa um relevante valor ou sentido para a sociedade.

Com apoio nessa perspectiva, percebe-se que a Constituição Federal de 1988, por exemplo, quando assevera, em seu artigo 5º, inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, procura através deste mandamento criminalizador prescritivo²² proteger o que se entenda por direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, a Constituição está outorgando, expressamente, poderes ao legislador para editar leis que punam (entenda-se nesse termo, o sentido de sanção de natureza penal) todos os atos que venham atentar contra bens jurídicos.

Sob essa perspectiva, vislumbra-se que o direito penal procura proteger bens jurídicos caros à sociedade, como é o caso da vida, liberdade, igualdade, entre outros descritos no ordenamento jurídico, notadamente no art. 5º da Carta Magna.

Dentre as missões atribuídas ao direito penal, Nilo Batista menciona ainda a *defesa da sociedade*²³; isso porque o direito penal deteria também a função de defender o corpo social do cometimento de atos que causem, de alguma forma, danos aos cidadãos. Por seu turno, assinala Bettiol, que por meio dessa função, o direito penal estaria justificando a pena, porque essa serviria à manutenção da ordem social, a qual passa a se defender dos ataques de delinquência.²⁴

Nada obstante, adverte o mestre italiano, partindo de uma perspectiva agora voltada para a pena em relação ao infrator, que tal abordagem trata o ser humano como *meio* para servir a utilidade geral ou particular; quando, na verdade, a personalidade humana não poderia, segundo esse ponto de vista, ser encarada de tal maneira, tratando a punição do homem, v. g., como exemplo de intimidação ou reforço de valores no seio social.²⁵

Essa perspectiva que Bettiol problematiza se encontra esmiuçada por Ferrajoli, quando vaticina que são “[...] as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36

²² BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 146.

²³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 8ª edição, novembro de 2002, p. 108.

²⁴ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 146.

²⁵ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 150.

meio para a realização do fim utilitário da prevenção de novos delitos. [...]”.²⁶ Ademais, segundo a lição de Luiz Régis Prado, essas teorias encontram fundamento para a pena, justamente, na necessidade de se evitar a prática de futuros delitos.²⁷

Conquanto, a função defensiva da sociedade goze de respaldo na seara doutrinária, bem como no próprio corpo social, haja vista a crença de que a edição de uma lei de natureza penal irá coibir a prática de novos crimes; assinala Claus Roxin²⁸ que mesmo existindo o direito penal, determinados delitos, mormente aqueles de cunho passional, como homicídio, lesões corporais e estupros etc., bem como, delitos econômicos, que não atingem objeto exteriormente visível, continuarão a ocorrer.

Isso porque os modernos aparelhos tecnológicos de vigilância e combate ao crime, conquanto possam ser usados na prevenção de delitos em espaços públicos, não podem ser inseridos em ambientes privados – *locus*, onde ocorrem tantos crimes, quanto em espaços abertos à coletividade – em razão da proteção à intimidade e à vida privada (como é o caso da legislação pátria, que salvaguarda tais direitos de personalidade, no rol destinado aos direitos e garantias fundamentais, especificamente, no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal), fato que compromete a prevenção de delitos neste âmbito.²⁹

Revela-se forçoso não olvidar que o crime se trata de uma ação ou omissão que o ser humano pode cometer a qualquer turno, sobretudo em casos como os ressaltados acima. Dessa maneira, por mais que uma lei penal seja criada para proibir uma conduta, não é capaz de assegurar, integralmente, que a sociedade estará resguardada da prática desta, pois a positivação de uma ação ou omissão proibida, com vistas a defender a sociedade, não é garantia de que a conduta não ocorrerá faticamente, haja vista que o comando nela contido poderá ser descumprido.

Figura também como uma das funções confiadas ao direito penal aquela que Silva Sánchez reporta como *função ético-social*³⁰, no sentido de que, caberia a esse ramo do direito promover e também reforçar processos educativos no seio social, cumprindo, portanto, uma tarefa de sedimentar na comunidade determinados valores.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 236.

²⁷ PRADO, Luiz Régis. Op. cit. p. 490.

²⁸ ROXIN, Claus. Op. cit. 6-9.

²⁹ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 6-9.

³⁰ SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011, p. 451.

A doutrina ministrada por Silva Sanchez³¹ caminha no sentido de questionar até que ponto o direito penal, assim como a própria pena (de modo mais específico, em relação ao infrator) poderia ser utilizada como método para incutir determinados valores no indivíduo, pois, segundo o referido jurista, esta dimensão pedagógica do direito penal, no sentido de formar a sociedade num determinado norte, adentraria numa dimensão interna do cidadão, cometendo o equívoco que Ferrajoli denomina de confusão dentre direito e moral.³²

Aliás, nessa mesma perspectiva acerca do uso do direito penal, no sentido de educar os cidadãos em vista de determinados valores, vale fazer menção ao pensamento de Betiol³³, quando assevera que as virtudes não consistem em que o Estado pode impor na vida do sujeito, senão veja-se:

O Estado não pode impor a virtude. Ele apenas pode, ou melhor, deve, criar as condições para o homem poder levar uma vida virtuosa, de modo que o indivíduo – se quiser – possa aproveitar-se dela [...] É direito inviolável da pessoa humana não ser diminuída na sua liberdade interna de consciência; e é, também, direito da pessoa humana poder exprimir, livremente, qualquer valoração ou juízo seus, desde que não seja lesivo de uma reputação alheia e não ofenda, dessa forma, um valor sobre o qual assenta todo um sistema de vida.

Por outra perspectiva, seria atributo desse ramo do direito, desempenhar uma *função simbólica*, a qual teria por intuito gerar, inicialmente, não efeitos concretos, como anota Claus Roxin³⁴, mas sim servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, funcionando, portanto, como uma espécie de tranquilizador dos eleitores, fazendo nascer a ideia de que com a edição de uma lei, algo estaria sendo feito para reparar determinada situação, que se deseja solucionar.

A função simbólica, sob tal perspectiva, abre margem para o fenômeno expressivo na realidade pátria que tem sido denominado de oportunismo político, tendo em vista que a sociedade amedrontada e insegura nos dias hodiernos clama pela edição de leis penais ou adoções de medidas tendentes ao recrudescimento da intervenção penal, as quais procuram ser correspondidos por candidatos a cargos públicos ou até mesmo políticos de carreira, que se aproveitando deste quadro de clamores punitivos oriundos do seio popular, tendem a criar leis de conteúdo penal, as quais geram na sociedade a sensação de que algo está sendo posto em prática, típico efeito que Zygmunt Bauman cunhou de “tranquilizantes éticos à sociedade”.³⁵

Registra Raphael Boldt que a função simbólica desempenhada pelo direito penal tem se tornado um fenômeno corriqueiro no cenário contemporâneo, já que “[...] a intervenção

³¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 360.

³² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 255.

³³ BETTIOL, Guiseppe. Op. cit. p. 236.

³⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 47

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 119.

penal tem sido utilizada como resposta para quase todos os tipos de problemas sociais e converte-se em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face das demandas sociais por segurança e penalização”.³⁶

A ideia cogitada por Boldt pode ser analisada em paralelo com um fenômeno que Kindermann, citado por Marcelo Neves, identificou como legislação álibi;³⁷ esta, por sua vez, ocorreria quando uma lei fosse criada para passar uma espécie de encenação de que através da sua adoção ocorreria a manutenção do *status quo*, quando, na verdade, tal criação mais estaria servindo à exposições simbólicas de instituições estatais, bem como à promoção pessoal, normalmente, de ocupantes de cargos públicos, os quais viessem empreender referidas medidas colimadas pela população.

Diante de tais circunstâncias, os indivíduos que correspondem ao que o público almeja acabam logrando alcance no que Neves denomina de lealdade com as massas³⁸, que no caso do direito penal, não deixa de ser a firmação de um vínculo entre a sociedade que aguarda adoções de medidas tendentes ao recrudescimento do uso das sanções penais e o respectivo empreendedor de medidas deste naipe.

Nessa esteira cognitiva, verifica-se que a função simbólica do direito penal, segundo anota Silva Sánchez, deve ser repelida, porque “[...] em curto prazo, cumpre funções educativas/promocionais de integração, que já avaliamos negativamente; e, em longo prazo redundando numa perda de confiabilidade do ordenamento em seu conjunto [...]”.³⁹

Outra atribuição endereçada ao direito penal vem sendo carregada por doutrinas que vislumbram nesse ramo do direito, o desempenho de uma *função de garantia*, entendendo-se, para quem defende tal tese, que através do direito penal, procura-se reduzir as violências praticadas por um eventual agente infrator, quanto àquelas cometidas pelo próprio Estado (quando exorbita a sua função de utilizar-se da pena com o fito de tão só garantir a coexistência pacífica no seio social), razão pela qual as garantias insculpidas na ordem jurídica limitariam o abuso do delinquente em relação à vítima, bem como seriam escudo em proveito do próprio apenado em relação ao Ente Soberano, no sentido de evitar também excessos cometidos por este.⁴⁰

³⁶ BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática**: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013, p.115.

³⁷ KINDERMANN, Harad. *Symbolische Gesetzgebung*. Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.). **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)**. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 222-245. *Apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 36-37.

³⁸ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 122-123.

³⁹ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. Op. cit. p. 461.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 246.

Sob esta perspectiva, adverte Luigi Ferrajoli, que “[...] a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições. [...] Tutela não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas. [...]”⁴¹

Assim, consoante assinala Silva Sánchez⁴², a prevenção que o direito penal, sob uma perspectiva de índole garantista, procura evitar, diz respeito às reações informais no seio da sociedade em relação ao autor que praticara um delito, de modo que ao direito penal caberia tão só aplicar a pena mínima, suficiente para responsabilizá-lo pelo mal praticado à vítima e minorar as tensões punitivas oriundas do seio popular.

A perspectiva garantista parece não divergir tanto do próprio fundamento do direito de punir exposto no limiar deste capítulo, uma vez que postular a criação de um ente soberano para resolver um conflito instaurado no corpo social (no caso específico do direito penal, entre autor e vítima) ainda se trata uma característica contratualista, presente na doutrina garantista, qual seja, a substituição de um terceiro (ente denominado de Estado) para, mediante a utilização de uma lei penal, resolver os conflitos do seio social, os quais se equiparam aos antigos estados de guerra, que brotavam e ainda brotam das paixões naturais do homem.⁴³

Isso porque, sem a existência desse terceiro, que para Hobbes seria um Ente Soberano, hoje conhecido por Estado, seria comum que a própria vítima, sua família ou a sociedade procurasse a vingança e a partir daí o quadro de violência e tensão social tão somente iria se alastrar.

Assim, com vistas a se evitar esse quadro, o Estado chama para si o poder de resolver tal conflito, por meio do direito penal, sobretudo, nos casos em que não se afigura possível que outros ramos do direito possam resolvê-los, justamente, com o intuito de instaurar ou reinstaurar a pacificidade social, de modo que se encontrando limitado exatamente por essa finalidade, deve, portanto, aplicar tão só a pena necessária para lograr êxito nesse objetivo.

O próprio Luigi Ferrajoli, expoente do garantismo jurídico, assevera que quando ocorre essa substituição, por um terceiro, para solucionar um conflito presente no seio popular, tem-se o exato momento que nasce o próprio Direito Penal. Por isso, o referido autor chega a afirmar que “[...] a história do direito penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança”.⁴⁴

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 246.

⁴² SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 349.

⁴³ HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 127.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. 247.

Assim, por mais que as teorias acima sejam passíveis de críticas – sobretudo, algumas delas, como a função simbólica – no sentido de que, caso abraçadas integralmente, podem desembocar em abusos ou desvirtuar-se dos limites outorgados à intervenção penal; verifica-se, nada obstante, ser possível vislumbrar que ao se recorrer à intervenção penal, busca-se valer da pena para realizar alguma das funções descritas cumulativa ou alternativamente.

De todo modo, atento ao cumprimento de conseguir instaurar a coexistência entre os partícipes da sociedade, afigura-se razoável compreender que garantir através da intervenção penal, tanto a contenção das reações informais (que potencialmente podem surgir do seio social, com a ocorrência de um delito), quanto a aplicação da pena necessária ao infrator – responsável pela quebra do ambiente de pacificidade social – colimando assim restabelecê-la, parece ser uma finalidade que o direito penal se encarrega de cumprir, ainda que para tanto deva atuar subsidiariamente, isto é, quando outros meios menos gravosos possam solucionar os conflitos sociais.

2.4 A relação entre *Jus Poenale* e *Jus Puniendi*

É lugar comum que o estudioso do direito penal se depare com acepções múltiplas acerca do que significa tal ramo do direito, razão pela qual dissertar acerca dos fundamentos do direito penal implica a necessidade de esclarecer uma distinção, aparentemente simples, porém assaz esclarecedora para se compreender uma característica que particulariza o direito penal.

De todo modo, concentra-se o estudo naquilo que a doutrina tem compreendido como direito penal em sentido objetivo (*Jus Poenale*) e direito penal em sentido subjetivo (*Jus Puniendi*), ora importando ilustrar a relação que existe entre esses polos, uma vez que antes de se contraditarem, encontram-se numa simbiose necessária para que a lei penal possa ser aplicada com o objetivo de lograr êxito em seu mister, sem que venha incidir em quaisquer abusos ou excessos.

Assim, pode-se dizer, inicialmente, que direito penal em sentido objetivo, também conhecido como o conceito formal de direito penal ou até mesmo *Jus Poenale* compreende, segundo Nilo Batista, “o conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhe cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e aplicação e execução das sanções cominadas.”⁴⁵

⁴⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 24.

Sobressalta desse conceito de direito penal, como anota Luiz Régis Prado, a dimensão formal deste ramo do direito, de modo que para esse jurista, tal seara do direito comporta mais um setor ou parcela do ordenamento, a qual tem um objetivo específico de integrar-se “[...] por normas jurídicas (mandados e proibições), que criam o injusto penal e suas respectivas consequências.”.⁴⁶

De acordo com essa maneira de conceber o direito penal resta presente o intento de se organizar a forma como os delitos, enquanto desvios de conduta serão elaborados, bem como quais as consequências que irão advir dessa positivação; buscando-se, sobretudo, disciplinar a maneira como a lei penal (seu respectivo conteúdo e forma) será aplicada. E isso tem sua razão de ser, quando se vislumbra o direito penal em sentido subjetivo.

É que, aquilo que se entende por *Jus Puniendi* ou direito penal em sentido subjetivo procura reportar “[...] a faculdade de que seria titular o Estado para cominar, aplicar e executar as penas [...]”.⁴⁷ Nesta linha de pensamento, caminha a doutrina de Alberto Jorge Correia de Barros Lima, ao conceituar o vocábulo direito, em sentido subjetivo, como “[...] uma faculdade, uma prerrogativa pertencente a alguém e que pode ser imposta a outrem [...]”.⁴⁸

Por outro lado, autores como Nilo Batista⁴⁹ e Guilherme de Souza Nucci⁵⁰ discordam quanto à existência e até mesmo importância classificatória dessa segunda acepção do direito penal, por não ser a expressão terminológica mais acertada. Todavia, para quem entende existir essa faceta do direito penal se manifestar, vislumbra nela o direito ou até mesmo poder, consoante anota Marcelo Semer⁵¹, que o Estado detém para punir.

A relação entre tais acepções do direito penal (em sentido objetivo e sentido subjetivo) permite alcançar a ilação de que conquanto o Ente Soberano, por deter o poder de punir, possua a faculdade de considerar determinada conduta como delituosa, aplicar seu conteúdo e, posteriormente, executá-la; não deve, porém, efetuar tais atividades de maneira desmesurada, exatamente, porque essa se encontra balizada pelo próprio direito penal (compreendido em sentido objetivo), uma vez que referida faculdade que o Estado detém não resta ausente de disciplina legal, pois o *Jus Poenale* o limita, evitando potenciais abusos ou excessos.

⁴⁶ PRADO, Luiz Régis. Op. cit. p. 55.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 48.

⁴⁸ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 42.

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 103-107.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** parte geral, parte especial. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

⁵¹ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático.** Orgs. Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 7.

A relação que existe, pois, entre *Jus Puniendi* e *Jus Poenale* pode ter sua justificativa encontrada na percepção tida por autores como Marcelo Semer, quando assevera que “[...] sem freios, o poder punitivo tende ao arbítrio.”⁵²

Assim, percebe-se que a norma jurídica que autoriza, por exemplo, o juiz, na qualidade de representante do Estado, no bojo de um processo penal, reconhecer a autoria do réu, quanto à prática de um delito, outorga também o poder de reconhecer a prescrição da ação penal e declarar, posteriormente, a extinção da pena, uma vez que não é dado ao órgão julgador exercer o *Jus Puniendi* fora das balizas que a lei penal prescreve.

É dizer: o Estado detém o poder de chamar para si a responsabilidade de conter as arbitrariedades que encontrar na sociedade, que comprometam o convívio social; nada obstante, sua própria atuação encontra-se limitada também por normas, que visam orientar a ação do Ente Soberano, limitando seus respectivos excessos ou injustiças.

O abuso no direito de punir, por exemplo, pode se manifestar, quando o órgão julgador vem aplicando, repetidamente, penas tarifadas para determinados criminosos, mesmo se tratando de casos fáticos diferentes, pois tal prática viola a Constituição Federal, pois essa impõe que a pena seja individualizada, consoante se vislumbra em seu art. 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Com isso, procura-se afastar qualquer concepção de que o direito penal seja o ramo que detém única e exclusivamente a função de prescrever a conduta criminosa e estabelecer a sanção penal correspondente por sua prática; quando, na verdade, é no próprio direito penal que se encontram normas que balizam essa atividade premente de tal ramo do direito, que não se discute ser ele responsável em executar, porém existe uma maneira específica e disciplinada de operar referida atividade, motivo pelo qual existem limites que balizam o ato punitivo.

Afirmações como a de Marcelo Semer não se parecem ser tão comuns no cenário moderno, podendo até causar estranheza, porém quando o referido autor afirma que “[...] o direito penal não é apenas um amontoado de regras e de técnicas punitivas.”⁵³, preocupa-se, justamente, afastar uma compreensão do direito penal que enxergue a punição desgarrada ou sem conexão com outras normas que balizam a execução da pena.

⁵² SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 7.

⁵³ SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 8.

O receio, por certo, que se encontra por trás de colocações como a exibida no parágrafo anterior sempre residiu na possibilidade de que o próprio Estado viesse praticar excessos e com isso cometer barbáries punitivas. Assim, há que se apresentar ainda outra forma desse desvirtuamento do poder punitivo ocorrer, a qual se configura, contemporaneamente, quando a própria sociedade pretende se valer do aparelho punitivo estatal para alimentar seu anseio por punição.

Tal fenômeno contradiz a própria *ratio essendi* (razão de ser) do direito penal, uma vez que, consoante se destacou alhures, esse ramo do direito não serve a tal mister; muito pelo contrário, procurar evitar quaisquer formas de vingança – seja ela, pública ou privada – se manifestar.

2.5 Direito Penal e sua relação com a Constituição: O Panorama Brasileiro

A Constituição de um País, consoante a lição de Gilmar Mendes, assume a função de organizar a sociedade, mormente na dimensão política desta, tendo por norte preservar as reinvidicações últimas da vida em coletividade, comportando também as estruturas de poder, razão pela qual, na Carta Magna de um País, encontram-se os princípios norteadores que irão reger aquela nação⁵⁴, como ocorre no cenário brasileiro. Basta ver que na Constituição Federal de 1988 acham-se os dispositivos normativos que regem o caminhar do país.

Assim, tomando em atenção referida importância da Carta Federal, seu alcance, inarredavelmente, tangencia a seara do direito penal, uma vez que, conforme assinala Alberto Jorge Correia de Barros Lima “[...] o direito penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais [...]”⁵⁵.

Desta forma, as normas jurídicas que se encontrem reunidas no Código Penal, bem como na legislação esparsa, devem guardar observância ao que prescrevem os ditames positivados na Lei Maior, sobretudo levando em consideração que existem normas de conteúdo penal albergadas no Texto Constitucional, tendo ficado previstas, inclusive, no compartimento destinado aos direitos e garantias fundamentais, havendo, portanto, ainda mais razão para que as leis penais observem o que dita a Carta Magna.

Consoante se destacou no tópico anterior, o direito penal encontra balizas para a execução dos atos punitivos dentro de sua própria seara, de modo que, para além destes, vislumbra-se que também no texto da Constituição este ramo do direito irá encontrar

⁵⁴ MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁵⁵ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 59.

dispositivos que, muito mais do que limitar o exercício do poder de punir, estabelecerão valores e até mesmo mandamentos de criminalização para o direito penal, influenciando-o, portanto, na composição e aplicação de suas respectivas normas, consoante destaca Ivan Luiz da Silva⁵⁶. Daí porque a importância dessa relação entre tal ramo do direito e a Constituição de um País.

É que no cenário hodierno, essa relação entre direito penal e Constituição não se restringirá ao aspecto limitativo do poder de punir. Isso porque a aproximação dessa seara jurídica com a Constituição estreitou-se de tal maneira que esse diploma normativo, segundo acentua Luciano Feldens⁵⁷, consagrou os direitos fundamentais, de modo a utilizá-los não apenas como direitos de defesa perante o Estado, mas também como imperativos de tutela, considerando que o Estado, agora passa a assumir a função de proteger os cidadãos, herança do modelo de Estado Social.

Por certo, isso se explica devido ao fato da Constituição Federal de 1988 adotar, como é o caso de tantos outros países, o modelo de Estado Democrático de Direito, o qual se propõe a efetivar os direitos fundamentais, consagrando tanto princípios de índole liberal, no sentido de proteger o indivíduo perante o Estado, como também normas que têm por intuito realizar objetivos típicos do modelo de Estado Social, que podem ser encontrados, por exemplo, no caso da República Federativa do Brasil, no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, na seara penal, isso se reflete melhor quando se verifica que a Constituição Federal de 1988 manteve típicos direitos fundamentais que funcionam como autênticas garantias do cidadão frente ao arbítrio do Estado,⁵⁸ fato que também atingirá a atuação deste, quando for efetuar o poder de punir. Referida percepção corrobora o que Luiz Luisi⁵⁹ afirmara, quando percebeu que a Carta Magna albergou em si princípios constitucionais penais que possuem raízes no Estado Liberal, garantindo a defesa do indivíduo de *per si* frente ao Ente Político.

Esta mesma Constituição trouxe, em seu bojo, traços herdados do Estado Social, conforme percebe Márcia Dometila Lima de Carvalho⁶⁰, de modo que, os princípios deste modelo de Estado, assim como aqueles de contorno liberal, importam também de sobremaneira para fins penais, porquanto, considerando que muitos destes princípios se

⁵⁶ SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 176.

⁵⁷ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 18.

⁵⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75.

⁵⁹ LUISI, Luiz. Op. cit. p. 12.

⁶⁰ LIMA DE CARVALHO, Márcia Domelita. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 42.

configuram como direitos fundamentais passaram a funcionar também como imperativos de tutela, sendo utilizados não contra o Estado, mas através desse, como anota Luciano Feldens.⁶¹

Isto porque exigem a postura de um Estado ativo, consoante assinala Francesco Palazzo⁶², no sentido de tutelar determinados bens jurídicos, através de cláusulas de criminalização de condutas, as quais se refletem, no cenário brasileiro, nos mandamentos de criminalização prescritos na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, incisos XLI⁶³, XLII⁶⁴, XLIII⁶⁵ e XLIV⁶⁶.

O fato é que, devido a essa “junção” de modelos de Estado, os quais de alguma forma imprimem contornos ao modelo de Estado Democrático de Direito atuar, há efeitos consideráveis na seara do direito penal, pois tomado por apreço o fato deste ramo, enquanto subsistema de normas jurídicas, ter que guardar observância às normas de matiz constitucional, devido ao grau de hierarquia normativa, seu conteúdo irá se espriar na seara penal, condicionando a composição das normas penais, como anota Márcia Domelita Lima de Carvalho⁶⁷:

[...] as leis penais, devendo ser interpretadas segundo a lei que lhes é hierarquicamente superior, precisam ser compatibilizadas, não só com os concretos preceitos dela, mas com a ideia de direito que se abriga no seu texto. A lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos no texto constitucional.
[...]

A influência da Constituição na seara penal irá tangenciar tanto a questão limitativa de sua atuação, porquanto existem princípios albergados na Carta Maior que prescrevem um conteúdo dessa natureza; quanto passará a exigir que o Estado venha se valer da tutela penal, especialmente através da criminalização de condutas, para proteger bens jurídicos do indivíduo ou da comunidade.

Nessa mesma linha, caminha o pensamento de Luciano Feldens, para quem “[...] o direito penal não é um âmbito isento de controle pela jurisdição constitucional.”; pelo contrário, ainda na sequência da lição ministrada por esse mesmo autor, o direito penal, no

⁶¹ FELDENS, Luciano. Op. cit. p. 46.

⁶² PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p.103.

⁶³ Art. 5 [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

⁶⁴ Art.5 [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁶⁵ Art. 5 [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

⁶⁶ Art. 5 [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

⁶⁷ LIMA DE CARVALHO, Márcia Domelita. Op. cit. p. 38.

caso da realidade brasileira, se acha de tal maneira vinculado à Constituição, que nela encontrará seu limite material (limite normativo superior), fonte valorativa (fundamento axiológico) e até mesmo fundamento normativo (limite normativo inferior).⁶⁸

Vislumbra-se, portanto, que o direito penal, hoje em dia – sobretudo em países como o Brasil, que consagram normas deste conteúdo em sua Constituição – encontra-se em íntima relação com os valores que ela abriga, tanto em relação aos chamados direitos de defesa, que representam os princípios constitucionais de vertente liberal, responsáveis por limitar o poder de punir do Estado, quanto aos mandamentos de criminalização que impõem o dever do Ente Estatal de tutelar determinados bens jurídicos por meio da criminalização de condutas.

2.6 A necessidade de refletir a projeção feita no direito penal numa sociedade clamante por punição

As colocações narradas ao longo do capítulo podem ser contraditadas às reinvidicações contemporâneas pela intensificação do ato de punir, haja vista que essas, normalmente, vislumbram o direito penal como ramo que, por deter as sanções penais de natureza mais gravosa, deveria assim ser utilizado para lidar com as situações mais delicadas da sociedade.

Por vezes, até para ser usado a fim de satisfazer apenas os anseios de vingança do corpo social, justamente, por se vislumbrar em tal compartimento do direito as leis que mais possuem o condão de aterrorizar os potenciais infratores; todavia, há que se registrar que o direito penal procura reparar também o terror maior, que é a vingança privada⁶⁹, a qual pode vir a se instaurar no seio da população.

Necessário, portanto, advertir quanto à miríade de confusões que a correspondência ao clamor punitivo social pode acarretar – sobretudo para o âmbito do direito penal – visando assim desmistificar a ideia de que o direito penal seria uma espécie de instrumento, que trás em seu bojo, tão somente mecanismos de punição; quando na verdade, a aplicação da pena, por mais que seja algo que este ramo possa oferecer, encontra-se, nada obstante isso, amarrada a freios e contrapesos espalhados pelo ordenamento jurídico.

Assim, revela-se útil sublinhar que a cultura punitiva contemporânea se desenha a partir da sensação de insegurança. Vê-se que a publicidade maciça oferecida a essa dissipa, no seio social, o medo de tornar-se vítima. Assim, as pessoas passam a se enxergar como uma possível presa a ser capturada a qualquer instante, motivo pelo qual como uma espécie de

⁶⁸ FELDENS, Luciano. Op. cit. 59-65.

⁶⁹ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 36-37.

mecanismo de proteção, põe-se em marcha a implementação de mecanismos e medidas que, supostamente, irão evitar que novos delitos ocorram.

Tal panorama assume nitidez, ante as notícias veiculadas em torno da criminalidade, mormente a urbana, praticada pelos adolescentes, que cresceu nos últimos anos, consoante vislumbra Rogério Greco⁷⁰, fato que passou a chocar a população, que amedrontada, começou a clamar por soluções que reparem tal quadro. Assim, se afigura interessante ressaltar que nesse momento, o direito penal já surge, na mentalidade do público, como o primeiro instrumento cogitado com chances de reverter tal realidade.

No entanto, são os excessos que acompanham essa projeção de que o direito penal irá solucionar os problemas da sociedade e que a pena é o melhor mecanismo para alcançar os objetivos que se depositam nela, que deve deixar o Poder Legislativo em alerta, a fim de que não venha a pactuar com projetos de leis, tão somente por causa de pressões populares. Por isso, também recai sobre os órgãos do judiciário que detenham a competência na seara penal, perceber, de fato, qual a solução a ser dada e como aplicar os institutos jurídicos penais (caso assim sejam necessários).

Tal advertência alcança ainda o agente público responsável pela execução da pena, a fim de que efetue essa tarefa, procurando não se descuidar de todos os institutos jurídicos que gravitam em paralelo a execução das sanções penais.

Por tal motivo, é necessário advertir, a cautela a ser empreendida na absorção dos reclamos sociais, quanto à edição de novas leis penais, que acentuem o caráter punitivo, seja no segmento processual, seja no segmento de execução, justamente para que tal correspondência ao punitivismo não deturpe direitos fundamentais insculpidos no Texto Constituinte, ou desvirtue o direito penal, para transformá-lo, em mero instrumento, que favorece os anseios punitivos contemporâneos, como se seus institutos fossem um fim em si mesmo. Isso porque, consoante observado acima, o direito penal detém uma finalidade mais abrangente, em que a própria pena, conquanto se mostre, por vezes, algo necessário, visa outros fins maiores a ser alcançado.

O que se revela causa de preocupação, portanto, é que o direito penal venha ser desnaturado ou que seus institutos sejam utilizados de forma desgarrada de limites e imposições do sistema penal como um todo, a fim de corresponder a objetivos previamente

⁷⁰ GRECO, Rogério. **Sistema Prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 2ª ed. ver., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 204.

traçados por clamores oriundos do expansionismo punitivo.⁷¹ Caso assim aconteça, a visão que o direito penal estará a passar é de um ramo do direito que se encerra na punição, quando, na verdade, essa, muito embora seja sua função precípua, não representa sua integralidade.

Diz-se isso porque, após uma sentença condenatória, por exemplo, sobrevém a etapa de execução da pena, na qual se busca a reintegração social do apenado (Art. 1º da Lei n. 7.210/84)⁷², sem haver qualquer descuido, quanto à preservação da vida humana, até porque a própria legislação nacional disciplina que os direitos não alcançados pela pena devem ser garantidos ao preso (Art. 3º da Lei n. 7.210/84; art. 38º do Código Penal)⁷³, jamais se vislumbrando o ato punitivo como o âmbito de atuação derradeiro do direito penal.

O que se procura chamar atenção, portanto, é para o fato de que o expansionismo punitivo não encare ou trate o direito penal de forma a “demonizar” este ramo perante o seio popular, imprimindo uma visão de que ele é aquele capaz de punir com um vigor tal, a ponto de agir com forte incidência nos direitos e garantias fundamentais do ser humano, quando na verdade, a própria legislação penal encontra-se repleta de mecanismos que balizam o ato de punir.

Deve-se advertir que os fins do direito penal não caminham nesse sentido apenas, mas que a interpretação que se dá a seus institutos ou a forma de encarar este ramo (a depender dos objetivos e intenções prévias que se tem) é que podem passar essa mensagem.

O fomento à sede punitiva ou a correspondência integral aos anseios por penas severas não condiz com a função assumida pelo sistema penal, mormente se enxergado à luz do princípio da humanidade, haja vista que, com amparo na lição de Marcelo Semer,⁷⁴ o direito penal pode ser visto também como “[...] um instrumento de liberdade, na medida em que é conformado pela noção de contenção do poder do Estado”.

Encarar o direito penal tão somente por uma ótica fortemente punitiva significa ter uma concepção fragmentada deste ramo do direito; isso porque se considera que as balizas e limites ao ato de punir também representam o direito penal.

Anote-se, por oportuno, que muito embora o sistema penal abarque toda uma sorte de institutos e segmentos, os quais comportam subdivisões; as notícias e discussões em torno

⁷¹ Reflexão semelhante possui Silva Sánchez, quanto a possibilidade de institutos do direito virem a sofrer mutações, que se afastem do sentido que costumam possuir, com a flexibilização de categorias e relativização de princípios. SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A expansão...* Op. cit. p. 125.

⁷² Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁷³ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

⁷⁴ SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 10.

deste sistema não devem vir à tona, como por vezes aparecem, encerrando as discussões penais no aspecto da punição em si. Isto porque não se pode desconsiderar que existe todo um trajeto para se chegar até ao segmento específico do sistema penal, que lida com a punição, e, por certo, se preocupa com tal situação específica em conexão com toda uma globalidade de institutos jurídicos penais.

Louk Hulsman⁷⁵, conquanto detenha uma postura abolicionista acerca do direito penal, defende a tese de que a própria política criminal, caso intente ser mais eficaz, necessita ser melhor problematizada, alargando-se, especialmente, com vistas a suscitar novos questionamentos acerca do crime e do criminoso. Ao se amplificar o debate em torno de questões que interessam a seara penal, pode-se melhor compreender o fenómeno da criminalidade, bem como novas e melhores formas de se lidar com essa realidade.

Ademais, afigura-se importante ressaltar que, tendo em vista os discursos calorosos em torno da punição, bem como a receptividade que a mentalidade da “vontade de punir” tem alcançado no público, faz-se necessário analisar a questão do crime e da pena sob um enfoque sistemático⁷⁶, que enxergue os fundamentos do direito penal, bem como este ramo do direito como um todo, sem encerrar a discussão na questão do ato de punir tão somente.

Nesta zona de pensamento, urge, portanto, perceber que os problemas inerentes a este sistema não se encerram no segmento judicial, onde a sanção penal é imposta a um agente criminoso, uma vez que a execução da pena e a ressocialização do preso é também um problema de direito penal.

Em pormenores, pode ser citado, a título exemplificativo que, um agente que é punido pelo Estado é direcionado para Instituições, que estão sob os cuidados do Estado, de forma que a tutela da vida desses indivíduos se encontra sob a guarda do Ente Político redundando no dever deste em acompanhar o infrator enclausurado, especialmente, na assistência na vida do sujeito após o cárcere e sua respectiva inclusão social, consoante obtempera Elaine Pimentel⁷⁷:

⁷⁵ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. 2ª ed. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: LUAM EDITORA LTDA, p. 1982, p. 156.

⁷⁶ Consoante ensina Nilo Batista, o Sistema Penal corresponde a um conjunto de segmentos que comportam funções específicas (investigação, jurisdição e execução). In: BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 24-25. Desta forma, pode-se dizer que tal sistema precisa ser enxergado como um todo e não apenas tendo por vislumbre um segmento em especial, que tenha por intuito, por exemplo, o ato da punição, mesmo considerando que seja aquilo que a população mais anseie num dado momento. Assim, urge que sejam observadas as ligações que o ato de punir possui com institutos que se encontram pulverizados pelos demais segmentos do sistema.

⁷⁷ PIMENTEL, Elaine. **As faces da segurança pública e dos direitos humanos em Alagoas**. Orgs. Ruth Vasconcelos e Elaine Pimentel. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. et. al. Maceió: EDUFAL, 2011, p. 97.

Se o Estado tem consigo o monopólio do direito de punir, [...], não pode esse mesmo Estado omitir-se diante das consequências dessa punição, sobretudo quando se trata de penas privativas de liberdade de caráter não perpétuo que, em essência, revelam a crença do Estado na valorização do ser humano que, mesmo tendo cometido um delito, retornará ao convívio social depois do cumprimento da pena. [...]

Nesse vislumbre, portanto, é necessário considerar que embora a adesão ao incremento de sanções e recrudescimento da legislação, inicialmente, seduza como sendo uma medida encontrada para solucionar a onda de crimes, faz-se necessário destacar, por outro lado, que o direito penal não trabalha só o aspecto da punição do ser humano, antes se interessa com procedimentos prévios e posteriores ao ato de punir, preocupando-se com a pessoa humana compreendida como um todo.

Aliás, segundo entende Francesco Palazzo⁷⁸, é, justamente, a pessoa humana que deve se encontrar no âmago do sistema penal, mormente considerando que existem consequências e fenômenos atinentes a direitos fundamentais do agente – os quais não tenham sido atacados pela sentença – que apenas se manifestam após o ato da punição, espaço onde o direito penal também tem raio de abrangência para atuação, razão pela qual esta seara do direito não pode perder o ser humano de vista, cedendo mais as reivindicações tencionadas pela sociedade, do que cumprindo a finalidade primacial acima mencionada.

Ademais, consoante registrou Marcelo Semer⁷⁹ “[...] o direito penal não é apenas um amontoado de regras e de técnicas punitivas. As regras e as técnicas são iluminadas por um conjunto de princípios, que lhes dão valor e sentido”. Nada obstante, no culto ao direito penal, como meio a ser utilizado para conter com os problemas sociais, encontra-se a ideia de que este ramo atingiria melhores resultados, porque traria consigo penas de caráter mais rígido, o que leva a sociedade pensar que o direito penal é tão só punição, quando na verdade, outras nuances entram em jogo, quando se decide punir.

Destaquem-se, em especial, os direitos fundamentais do apenado, que não se vejam comprometidos pela sanção penal, os quais representam autênticos mecanismos de defesa do agente frente a reações informais da sociedade, finalidade que o direito penal também é chamado a cumprir, pois conforme registra Rogério Greco⁸⁰ – “os conceitos de Estado de Direito, direitos humanos e *ius puniendi* são interligados, não se pode dissociá-los [...]”.

Assim, tanto o princípio da dignidade humana, quanto o princípio da humanidade funcionam como importantes fundamentos do direito penal que limitam a aplicação das

⁷⁸ PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 23.

⁷⁹ SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 9.

⁸⁰ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 341.

sanções penais, fato apto a demonstrar que a pena, por mais severa que seja, não se encontra desgarrada ou em desconexão com o conteúdo de outras normas que balizam sua aplicação, especialmente aquelas que encampam os princípios constitucionais penais, previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Seguindo essa inteligência, convém reconhecer que o direito penal, sobretudo encarado sob a ótica do criminoso, assume a missão de defender não só a sociedade dos delitos cometidos por aquele, mas proteger também esse sujeito infrator de potenciais (nem tão remotas) reações informais, oriundas da sociedade.

Salienta Franz Von Liszt, citado por Claus Roxin⁸¹, que o Código Penal representa “a magna carta do delinquente”, porquanto protege “não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se levantou”, lhe concedendo o direito “de só ser punido sob os pressupostos e dentro dos limites legais”.

Referida percepção do penalista alemão procura exaltar o fato de que, como o direito penal regulamenta a forma como a punição irá ocorrer, demarcando passos e, principalmente, ofertando garantias ao agente contra a sociedade e contra o próprio Estado, que é responsável imediato em lhe aplicar a sanção penal, acaba favorecendo o próprio delinquente. Isso porque, certamente, seria pior para o criminoso, ficar submetido ao sabor da comunidade, a qual não demarcaria linhas limitativas para julgar sua conduta, porquanto a história passada e presente demonstram diametralmente o oposto.

Neste horizonte, deve-se aduzir uma lição, que não é novidadeira, porém que se faz oportuna para a temática apresentada, a qual parte da doutrina ministrada pelo penalista italiano Giuseppe Bettiol⁸², que faz uma advertência no sentido de que o direito penal lida não apenas com o aspecto da punição em si, mas também com outras questões fundamentais da condição existencial humana. Vejamos as palavras do autor:

[...] no campo do direito penal entra-se, imediatamente, em contato com problemas que põem em causa toda a concepção de vida daqueles que os enfrentam: é a *natureza do homem* que constitui o ponto crucial da matéria, e embora todos estejam de acordo em afirmar a racionalidade desta natureza, o desacordo começa a tornar-se grave quando se chega ao exame do conteúdo e dos limites dessa racionalidade. [...].

Nessa esteira de pensamento, pode-se asseverar que os anseios insertos no expansionismo punitivo, mormente no que diz respeito à intensificação das penas, caso ascendam e logrem fixação no ordenamento jurídico, não poderão passar ao largo das

⁸¹ LISZT, Franz Von. **Strafrechtl. Aufsätze von Vortäge**, vol. I, 1995, p. 126 e ss. *Apud.* ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio d Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

⁸² BETIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 13-18.

questões fundamentais que o direito penal comporta, bem como dos efeitos que uma análise reduzida ou fragmentada do uso dos instrumentos que esse ramo disponibiliza pode acarretar.

Dessa forma, em se tratando de projetos de lei, rumo ao recrudescimento da responsabilidade penal, como é o caso do PEC nº 171/1993, que tenciona expandi-la para crianças e adolescentes, faz-se necessário refletir tais questionamentos antes que sejam recepcionados ou não pelo ordenamento Jurídico.

Os fundamentos do direito penal se mostram relevantes ante esta realidade, a fim de que possam ser utilizados para filtrar as reivindicações que caminham nesse sentido. Assim, tudo aquilo que vier contido em propostas deste estilo e viole direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deve, então, ser sopesado à luz de tais fundamentos, pois por mais que o agente seja criminoso não deixa de ter assegurado direitos e garantias que o protegem de arbitrariedades, haja vista existir expressa previsão legal nesse sentido.

Assim, da mesma maneira como aconteceu com a Lei dos Crimes hediondos – a qual embora tenha adentrado no ordenamento jurídico, com a vedação de progressão de regime a criminosos que incidissem nos tipos penais daquela legislação, mas que veio a ser, posteriormente, por causa da afronta ao princípio constitucional penal da humanidade, declarada inconstitucional nesse ponto específico – devem também os projetos de Emendas Constitucionais hodiernos, sobretudo os que refletem os sintomas da expansão punitiva intensiva ser avaliados à luz dos fundamentos do direito penal, a fim de que sejam aparados os excessos inerentes ao punitivismo contemporâneo, antes mesmo de determinado diploma normativo entrar no ordenamento Jurídico.

É que no universo penal não nos deparamos apenas com a pena exclusivamente, ou até mesmo desgarrada de outros institutos também de matiz penal, que se encontram a ela coligadas. Há espaço também para componentes que balizam a sua aplicação, citem-se a título de exemplo, as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, que o juiz leva em consideração para fixar a pena do agente condenado.

Os critérios previstos nesse dispositivo legal caminham no sentido, não de punir com mais rigor ou de forma mais acentuada, mas, de levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e aplicar a pena necessária e suficiente ao mesmo, fazendo assim justiça à lesão sofrida pela vítima, responsabilizando o infrator com a pena proporcional, evitando ainda a vingança privada, mediante reações informais e restaurando um ambiente de pacificidade social, que fora rompido com o receio e medo dissipado ante o cometimento do delito.

Dessa maneira, longe se ter por intento “amolecer” ou desnaturar a forte incidência que o uso da sanção penal traz consigo. No entanto, apresentam-se outros fragmentos que

compõem o direito penal como um todo. Tal esteira de pensamento conduz à reflexão do penalista italiano Giuseppe Bettiol⁸³, quando asseverou o seguinte:

O direito penal não é, portanto, apenas uma selva dura e áspera, onde as feras têm que comer-se umas às outras, mas é, também, uma bem cuidada floresta, com amplas e serenas avenidas, propícias aos encontros amigáveis, quando, ao cair da noite, se acendem as luzes e se fuma o cachimbo da paz.

Tratar o direito penal como ramo do direito, o qual deve ser utilizado para combater os problemas que assolam a população, por se imaginar que a seara penal traz em seu bojo a pena como a protagonista principal e até mesmo exclusiva para ser aplicada àqueles vistos como responsáveis pelos males sociais significa enxergar tal ramo sob uma perspectiva estilizada, que se não o desnatura, percebe-se que, por outro lado, pode estar se criando qualquer coisa disfarçada de direito, conquanto possa receber uma expressão semelhante.

Noutro vértice, com apoio na lição de Silva Sánchez, urge escoimar da demanda punitiva tudo aquilo que se contradiz com as possibilidades que o direito penal possa corresponder, a fim de não sobrecarregá-lo⁸⁴ com algo que o ultrapassa, inclusive, exigindo-se, tanto do legislador quanto do aplicador do direito, o trabalho de reparar as arestas que a seara penal não possa comportar.

Semelhante preocupação parece ter sido sentida por Raphael Boldt, quando acentua: “notamos a total vulgarização do direito penal e das ciências criminais [...]”.⁸⁵ O descuido quanto ao tratamento e aplicação dos institutos e normas penais pode vir a redundar na perda de valores essenciais ao direito penal ou na disseminação de uma ideia de um direito penal avassaladoramente punitivo na mentalidade social, difícil de ser retirada mais tarde.

Com isso, evitam-se possíveis ilusões, atos de vulgarizações e até mesmo descréditos no sistema penal, no sentido de transformá-lo numa ferramenta utilizada para cumprir objetivos meramente punitivos ou vingativos, sobretudo porque a própria vingança privada ou terror individual, como prefere Bettiol, é algo que o uso do direito penal, pelo Ente Político, procura combater.⁸⁶

Ante a reflexão apresentada, percebe-se a importância da aplicação dos fundamentos do direito penal, mormente aqueles que limitam o poder de punir estatal, tanto pelo legislador, como pelo julgador e até mesmo pelo agente público, responsável em executar as sanções penais, notadamente as mais rígidas, como as penas privativas de liberdade, a fim de funcionem como autênticos mecanismos de filtragem de exigências que brotam dos clamores

⁸³ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 193.

⁸⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 79.

⁸⁵ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 70.

⁸⁶ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 36-37.

punitivos insurgentes do cenário social, escoimando aquilo que pode vir a ser ou não recepcionado pelo direito penal.

A aplicação desses fundamentos mostra-se importante diante da discussão em torno da redução da maioria penal, por exemplo, uma vez que intentar impor a amplitude da responsabilidade criminal aos adolescentes implica o enfrentamento de questões biológicas, psicológicas, criminais, educacionais e sociais, fato que demanda tempo, necessitando-se de mecanismos que limitem a expansão da pena para tais indivíduos, possibilitando espaço e condições propícias para se discutir referidas temáticas, bem como as suas consequências, fato que se torna possível de operar graças aos fundamentos do direito penal, consoante se verá ao longo do trabalho.

Pelo que se discorre, é possível inferir que nem tudo que se chama de direito penal, de fato, corresponde a esse objeto. Além disso, nem todas as finalidades projetadas nesse ramo do direito podem ser correspondidas por ele, sobretudo quando o que se pretende com o seu uso contradita com o próprio objetivo que se pretende executar.

Assim, diante de um cenário social clamante por um recrudescimento do Sistema Penal, urge que as lições fundamentais acerca do direito penal – conceito, finalidade, razão de ser, principalmente –, caso se encontrem adormecidas, insurjam, agora, sob tons expressivos, a fim de servir como limite ou, quando menos, como mecanismo de filtragem às manifestações da expansão punitiva, que pretende se valer deste ramo do direito, de modo a desvirtuá-lo de seu mister ou fazer uso desse, a partir de uma visão fragmentada de tal poderoso instrumento do Estado.

3 UMA LEITURA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, A PARTIR DE ZYGMUNT BAUMAN

“Vivemos tempos líquidos, nada é feito para durar [...]”.
(BAUMAN, Zygmunt)

3.1 Considerações acerca da sociedade contemporânea e a proposta por uma delimitação temática.

Uma vez apresentados aspectos fundamentais acerca do direito penal, se mostra imprescindível compreender quais expectativas o mundo contemporâneo projeta neste ramo do direito. Por tal razão, se afigura necessário, antes de se fazer esta análise, entender o perfil da sociedade de hoje, sobretudo a partir das características que a demarcam hodiernamente.

Nada obstante, analisar um fenômeno, tal qual a sociedade, seja a contemporânea, seja a de épocas passadas, revela-se uma atividade que requer dedicação, haja vista ser um trabalho repleto de desafios que envolvem as mais variadas áreas de conhecimento, exigindo do estudioso mergulhar em diversas searas do saber, o que demanda tempo, empenho, confronto de dados informativos, reflexões e produção técnica.

Tecer considerações acerca dos tempos hodiernos, a fim de situar-se quanto aos acontecimentos contemporâneos, quiçá no intento de melhor compreendê-los, tem-se revelado um trabalho hercúleo, mormente considerando uma época onde a ciência anuncia ser o fim das certezas, consoante vislumbra Luiz Carlos de Freitas⁸⁷, fato que, de certa maneira, compromete o encontro de um ponto de apoio firme para se tomar como ponto de partida, a fim de se analisar determinada realidade tomada como objeto de estudo.

A dificuldade quanto à compreensão do que se passa na atualidade parece ser algo sentido por Ulrich Beck, quando percebe que “[...] a incerteza teórica corresponde à incerteza prática”⁸⁸, de modo que estabelecer um ponto fixo, tal qual desejara Arquimedes⁸⁹, parece não ser tarefa fácil, haja vista que é caractere dessa sociedade contemporânea a fluidez, como prefere Zygmunt Bauman.⁹⁰

Assim, soa inarredável questionar: seria a falta de certezas, quanto à miríade de fatores e eventos que circunda o seio social, a chave que abre a porta de entrada à sociedade atual?

⁸⁷ FREITAS, Luiz Carlos de. **Uma pós-modernidade de libertação: reconstruindo as esperanças**. Campinas/SP: Autores Associados, 2005, p. 1.

⁸⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 12.

⁸⁹ É da autoria de Arquimedes a assertiva: “Dê me um ponto de apoio e moverei o mundo.”, ora remetida no trabalho.

⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida...* Op. cit., p. 8.

Por certo que não. Pelo menos não somente essa chave, porquanto outras características confluem para que se possa discorrer acerca do que se vive hoje em dia.

Para os estudiosos que se aventuram à compreensão dos tempos atuais, tal como Luiz Carlos de Freitas, chega-se a uma primeira percepção de que, atualmente, as pessoas vivem em tempos pós-modernos, cenário que esse pedagogo diz não querer definir, conquanto afirme que a pós-modernidade se configura como a era onde os concebidos como “pós-modernos” se apegam na incerteza, como marca que se imiscui no estilo de vida, que assiste contemporaneamente.⁹¹

Para Garland⁹², o que se entenda por pós-modernidade ou outras denominações utilizadas para fazer remissão aos tempos de hoje, diz respeito a uma fase histórica que anunciou sua chegada, a partir das mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século XX, muito embora se trate de um conceito que, segundo o autor, está por ser construído e que até mesmo não se sabe quando irá acabar, denotando, pois, a mesma incerteza quanto à compreensão dos dias atuais, considerados pós-modernos.

Acerca do prefixo “pós”, empregado antes do vocábulo modernidade, tem sido, segundo assinala Ulrich Beck, um sintagma utilizado como espécie de senha para desorientação, que se vislumbra recentemente, visto que, para esse sociólogo, “[...] ela aponta para um além que não é capaz de nomear [...]”.⁹³ Desorientação essa que não atinge tão só o campo da moda, como assinala o estudioso alemão, mas diversos setores do corpo social, da forma que sugere a crítica de Gilles Lipovetsky e Jean Serroy⁹⁴ à sociedade, para quem essa tem se mostrado em desorientação em várias dimensões.

A modernização que se opera, hoje, segundo anota Beck⁹⁵, dissolve os contornos da sociedade industrial de outrora, de modo tal que essa modernidade de agora passa a surgir travestida numa nova configuração social, a qual se está por conhecer. Denota-se, pois, com apoio nessa reflexão do sociólogo alemão, que o desenvolvimento da industrialização, fenômeno cada vez mais ascendente, também nessa nova configuração da sociedade, a qual inclusive se viu muito favorecida pelo movimento globalizante, ganhando forte impulso deste, contribuiu decisivamente para que a sociedade pós-industrial pudesse se desenvolver num

⁹¹ FREITAS, Luiz Carlos de. Op. cit. p. 90.

⁹² GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 184.

⁹³ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 11.

⁹⁴ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 18-24.

⁹⁵ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 12-13.

cenário cercado por inovações tecnológicas, que desembocaram em novas estruturas não apenas econômicas, mas também sociais.

Denota-se fundamental reconhecer – como já frisado alhures – a importância que a sociedade pós-industrial acarretou em muitos setores do globo, acelerando processos e conquistas, que antes demoravam anos para serem alcançados. Nada obstante, a evolução da tecnologia e do conhecimento contribuiu também para que o ser humano pudesse ter acesso a uma série de informações quanto a riscos e ameaças que o circunda, de sorte que o problema parece não gravitar em torno do saber, no sentido de deter informações acerca do que o mundo oferece, mas sim o que se deve fazer ou escolher, a partir do que se tem acesso.

Assim sendo, assinala Peter L. Berger⁹⁶, que a desorientação dessa modernidade que surge, encontra-se coligada ao fenômeno do pluralismo, que apresenta múltiplas propostas, as quais atingem diversas searas da vida do sujeito, que se vê diante dessas com a necessidade de se orientar e tomar decisões.

Por outra via, essa mesma pluralidade possibilita que o indivíduo amplie seus horizontes e não seja refém de padrões restritos, buscando assim, nas diversas opções que aparecem diante dele, escolher e experimentar o que lhe apeteça, razão pela qual, conforme registra Alain Touraine⁹⁷, a individualidade é uma marca dessa nova configuração social que surge, uma vez que o indivíduo passa a escapar de determinismos sociais, porque se faz um sujeito autocriador.

A par desse outro lado do fenômeno da pluralidade, que autores como Berger⁹⁸ consideram existir; entendem também que tal realidade não arredaria o fato de que as crises do homem de hoje, decorrem, exatamente, dessa pluralidade interminável de opções, que atinem a padrões de vida, valores, profissão, relacionamento, tecnologia, entre outras variáveis, inerentes ao indivíduo contemporâneo.

Assim, o sujeito de hoje em dia, ante o cenário que lhe aparece, onde nada se mostra estático ou até mesmo previsível, ou seja, diante das multiplicidades quase sem fim, encontra dificuldades em ter que encontrar um rumo para orientação, o que não deixa de gerar também uma incerteza, quanto ao que escolher e qual caminho trilhar. Ocorre que, mesmo diante das incertezas que demarcam os tempos atuais, até mesmo porque se trata de uma fase que se está por construir, os autores citados acima, bem como tantos outros que se debruçam à

⁹⁶ BERGER, Peter L.; LUCKMAN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido**: a orientação do homem moderno. Trad. por Edgar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 7.

⁹⁷ TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Titton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 103.

⁹⁸ BERGER, Peter L.; LUCKMAN, Thomas. Op. cit. p. 58.

compreensão desta temática, esmeram-se em torno de assuntos semelhantes, os quais, via de regra, aparece em seus respectivos escritos, tais como individualismo, pluralismo, globalização, inovação nos estilos de vida, revolução dos meios de comunicação, crescimento do consumo, entre outros assuntos a esses coligados, que parecem representar as características que delineiam a sociedade contemporânea.

Nessa esteira de pensamento, com certa dose de aproximação ao que fora relatado, quanto às características que demarcam o mundo contemporâneo, vislumbra-se que Zygmunt Bauman, mediante diversas obras que veio publicando ao longo das últimas décadas, pretende concentrar o estudo desses e outros temas relevantes ao mundo atual, compreendendo que a modernidade, a qual se insurge, no agora, se configura com doses de liquidez, a qual tem se feito presente em diversos fenômenos contemporâneos, que esse estudioso se propôs analisar.

Assim, embora se reconheça que em uma sociedade, seus respectivos partícipes convivam sob o influxo de inúmeros fatores interconectados, os quais oferecem diversos enfoques analíticos, adverte-se o corte metodológico realizado nesse capítulo, justamente com a finalidade de se valer dessa percepção peculiar acerca da sociedade contemporânea, para melhor analisá-la, objetivo esse que se procurará cumprir, a luz da doutrina ministrada pelo sociólogo Zygmunt Bauman – em comunhão com os autores que aparecerão ao longo deste trabalho, exatamente por trazerem contribuições para os debates propostos.

A decisão por esse ponto de partida tem sua razão de ser, porque uma vez visitadas e revisitadas as obras desse autor (isso porque não se desconsideram obras de outros autores que pesquisam temas correlatos) se vislumbrou que nelas se encontram caracteres da sociedade atual (dentre os variados temas que o autor aborda em suas diversas obras) que podem explicar, ou quando menos auxiliar a compreensão do desencadeamento do movimento punitivo expansionista, que se assiste na sociedade brasileira, mormente nas duas últimas décadas, haja vista que, por se tratar de um fenômeno que brota da sociedade, se debruçar nas características dessa ajudará na percepção do que dela decorre.

Nesse passo, cumpre destacar que todo esforço intelectual dispendido por Bauman nos estudos e reflexões inseridos em seus escritos culminou num instrumental analítico, a partir de fatos e dados das relações humanas na sociedade contemporânea, a qual, na visão desse autor, fora denominada como “líquida”, contributivo para compreender os tempos atuais. Esse vocábulo, quando referido em suas obras, possui o seguinte sentido:

[...] os líquidos, diferentemente dos sólidos, não tem sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam

irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la [...]⁹⁹

Observa-se ainda que o emprego do referido sintagma “líquido” fora utilizado, a fim de servir de mote para caracterizar a sociedade hodierna. Vislumbra-se que a palavra abre margem para uma série de reflexões, que se farão presentes nas inúmeras obras do autor, de modo que vários temas foram avaliados por Bauman, partindo de tal perspectiva.

Referida construção, por certo, deve ter sido fruto de ponderações do sociólogo, para fazer alusão à dinamicidade com que os acontecimentos cotidianos vêm ocorrendo, senão vejamos nas próprias palavras do autor, aquilo pretende passar, quando se refere ao significado desse termo na análise feita em relação à sociedade moderna:

Os fluidos eles se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’ ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados; [...] Associamos ‘leveza’ ou ‘ausência de peso’ à mobilidade e à inconsistência: sabemos pela prática que quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos. Essas são as razões para considerar ‘fluidez’ ou ‘liquidez’ como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade.¹⁰⁰

Assim, partindo dessa forma de compreender a sociedade contemporânea, muitas obras (inclusive do mundo jurídico) são pautadas pelas lentes que tendem a enxergar a modernidade inserida em “tempos líquidos”¹⁰¹, abordagem essa que não é suficiente para explicar toda e qualquer dimensão da sociedade contemporânea, a ponto de dispensar outras linhas de partida. Contudo, não se furta das reflexões desse autor, o condão de servir como um modelo para se estudar o mundo moderno sob a perspectiva que propõe.¹⁰²

Ademais, tal perspectiva, quando em comunhão com lições extraídas de autores que, também se debruçam à avaliação da sociedade contemporânea, funciona como importante contributo para se analisar os fenômenos que ocorrem no mundo contemporâneo, os quais acabam gerando influências para temáticas concernentes ao direito penal, sendo um desses temas, a expansão punitiva.

Advirta-se ainda que se mostra forçoso reconhecer (tomando por referência, sobretudo, autores oriundos do campo da criminologia e política criminal, tais como David

⁹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 8.

¹⁰⁰ Ibidem. Op. cit., p. 8.

¹⁰¹ Idem. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 7-10.

¹⁰² Não se desconsidera que existem várias denominações para se referir a sociedade que vem surgindo nos últimos anos, tais como: “Sociedade Pós-Moderna”, “Sociedade Pós-Industrial”, “Sociedade do Risco”, expressões, que certamente, via de regra, serão aludidas nesta pesquisa, a fim de não desnaturar a autenticidade que importantes autores cunharam nestes termos, bem como porque tais denominações contêm semelhanças diretas com a denominação “Modernidade Líquida”, a qual, nada obstante isso, servirá como ponto de partida deste trabalho.

Garland¹⁰³, Silva Sánchez¹⁰⁴, Raphael Boldt¹⁰⁵, entre outros), um fato recorrente nos trabalhos que tem por objetivo analisar temas que envolvem o entrelaçamento entre o direito penal e a sociedade, que é a análise prévia dos principais caracteres sociais que influenciam nos fenômenos jurídicos inerentes à seara penal, pois se trata de algo recorrente em obras publicadas com esse objetivo.

Como acentua o jurista espanhol Jesús Maria Silva Sánchez: “[...] é frequente que as exposições de temas de fundamento ou de política criminal comecem abordando os motivos da referida crise e seus contornos concretos.”¹⁰⁶ Tomando-se tal reflexão por apoio, faz-se necessário, antes de adentrar na temática principal deste trabalho, ter que analisar alguns caracteres da sociedade atual, que mais influenciam na configuração do movimento expansionista punitivo, do qual aflora o tema central deste escrito.

Isso porque o tema eleito para a confecção da presente obra não brota no meio social, desgarrado de outros acontecimentos que também se vislumbram na modernidade; antes, porém, se encontra arraigado ou quando menos decorrente desses fenômenos que representam o mundo hodierno.

Assim, as primeiras linhas desta pesquisa procuram descrever que tipo de sociedade o mundo contemporâneo vem albergando, bem como quais expectativas essa mesma sociedade, a qual possui traços tão dinâmicos e variáveis, tem costumado depositar no direito, de forma especial no direito penal, a fim de se compreender mais nitidamente como desponta o crescente movimento que clama pela atuação expansiva de instrumentos inerentes a esta seara do direito, notadamente o recrudescimento das penas.

Nesse passo, revela-se oportuno recordar o brocardo latino que remonta as lições do jurisconsulto romano Ulpiano, quando acentuou: “*Ubi homo ibi societas; ubi societas ibi jus*”¹⁰⁷ (“Onde houver homem, haverá sociedade; onde houver sociedade, haverá o direito.”), para se esclarecer o seguinte: o máximo que se possa extrair acerca do homem de hoje, bem como da sociedade atual pode ajudar na compreensão do tipo de direito penal, que a contemporaneidade projeta existência.

¹⁰³ GARLAND, David. Op. cit. p. 41-93.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 33-89.

¹⁰⁵ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 25-95.

¹⁰⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Op. cit., p. 29.

¹⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 7.

3.2 Da dinâmica da globalização e tecnologia, ao ser humano em constante movimento

Dentre as perspectivas que o estudo da modernidade contemporânea oferece margem, verifica-se o fenômeno da dinamicidade e/ou velocidade com que os acontecimentos modernos se caracterizam e acabam por influenciar o ser humano em seus relacionamentos e atividades mais mezinhas, fato decorrente do processo denominado globalização¹⁰⁸, que não deixa de estar correlato com alguns aspectos da liquidez (no sentido empregado pelo Bauman), sintoma que delinea a sociedade nos tempos atuais.

Conquanto o presente trabalho não tenha por objetivo descortinar todas as consequências que as modificações sociais oriundas do processo globalizante acarretaram, tem-se por intuito, nada obstante, analisar as mutações de índole social, sobretudo aquelas que a humanidade vem assistindo nas últimas décadas.

Com esse intuito, se debruça o olhar neste capítulo, à verificação da velocidade intensa que contorna o fenômeno global, bem como às mudanças inerentes ao mundo globalizado que vieram a introduzir o ser humano nessa dinâmica de movimento, a qual o influencia de tal maneira, a ponto de intervir em seu comportamento ao desempenhar atividades cotidianas.¹⁰⁹

Assim, dentre as abordagens que a sociedade contemporânea comporta, pode-se extrair para análise o contínuo movimento que as pessoas se acham inseridas em suas respectivas rotinas, marcadas ora pela busca da felicidade, ora pela busca do encontro de uma identidade, razão pela qual Bauman constata que “a humanidade se encontra em movimento”,¹¹⁰ onde cada habitante do globo terrestre busca encontrar o seu lugar neste mundo.¹¹¹

Como acentuado alhures, seguindo a zona intelectual de Luiz Carlos de Freitas, acerca do mundo contemporâneo, esse movimentar-se pelo encontro do seu “eu” não deixa de ser a expressão da individualidade, que caracteriza a sociedade de hoje, uma vez que o aludido pedagogo assevera que a referida individualidade não deixa de ser uma espécie de espaço, que o sujeito busca como autoproteção ante as incertezas da vida.¹¹²

Seguindo essa esteira, vem a calhar o seguinte trecho extraído de uma das ponderações realizadas por Zygmunt Bauman, que parece demonstrar o sentido do “movimentar-se”, ora reportado à modernidade:

¹⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 10-11.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 10.

¹¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Op. cit. p. 7-10.

¹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da pós modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama, revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1988, p. 92.

¹¹² FREITAS, Luiz Carlos de. Op. cit. p. 101.

Ser moderno passou a significar, como significa hoje em dia, ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar parado. Movemo-nos e continuaremos a nos mover [...]. Ser moderno significa estar sempre à frente de si mesmo, num Estado de constante transgressão [...].¹¹³

Visitando as reflexões de Gilles Lipovetsky¹¹⁴, vislumbra-se que o fenômeno da globalização umbilicalmente ligado com a tecnologia logrou êxito, à medida que as modernas máquinas, meios de transportes e aparelhos eletrônicos de todo gênero evoluíram. Assim, quão maior é a relação entre nações de lugares opostos do globo, maior é a troca de informações decorrentes desses contatos, que passa a fluir mais facilmente, no sentido de proporcionar, por exemplo, o contato entre cientistas e inovações tecnológicas, que provocarão novos aperfeiçoamentos e descobertas.

No entanto, o filósofo alerta algo também percebido por Berger, no sentido de que esse mesmo desenvolvimento e velocidade não se perfazem, quanto à incompreensão entre os homens, acerca das transformações por que vem passando o mundo, motivo pelo qual afirma Lipovetsky que “[...] não sofremos mais com a raridade do saber: estamos perdidos na própria abundância da informação.”¹¹⁵

Lipovetsky¹¹⁶ chama ainda a atenção tanto para a dinamicidade intensa que esse movimento tem se desenvolvido nas últimas décadas, como também para o fato de como a globalização tem gerado efeitos nos comportamentos e formas mais atuais das pessoas se relacionarem neste novo mundo, mormente ante a revolução dos novos meios de comunicação e das hipermídias, as quais diante das profundas mudanças que operam acabam encurtando, consideravelmente, espaço e tempo.

Tal fato não deixa de guardar relação com uma das cinco características que Garland¹¹⁷ entende delinear os tempos pós-modernos, que corresponde à ascensão dos meios de comunicação eletrônicos; pois, segundo o autor, o impacto social que advém desde a criação da televisão transformou o espaço social em termos físicos de tal maneira, como fizeram a vinda do automóvel e do subúrbio. Esse impacto ainda se faz sentir, hoje em dia, especialmente, considerando a influência dos *Mass Media* na dinâmica dos comportamentos sociais.

Ademais, a velocidade com que os fatos acontecem no cotidiano, girando num globo que parece ter encurtado fisicamente, se dissipa de forma tão intensa e ainda por várias

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 37.

¹¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 22.

¹¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 22.

¹¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 16

¹¹⁷ GARLDAND, David. Op. cit. p. 196.

dimensões do cotidiano, a ponto de acarretar mudanças, por exemplo, nos veículos de comunicação, que passam a ser responsáveis por transportar informações, cada vez mais, de maneira veloz, quase que em tempo real para pessoas, que também leem a notícia nessa mesma intensidade, a qual em fração de segundos se tornará velha.¹¹⁸

Assim, vislumbra-se que esse movimento dinâmico e célere é perceptível para além dos veículos de notícia, mas atinge também, consoante observou Bauman, o comportamento dos indivíduos, que por estarem envolvidos nessa nova lógica da sociedade contemporânea, não fogem a essa dinâmica.¹¹⁹

Alude-se a esse exemplo, tendo em vista que o desenvolvimento dos aparelhos de comunicação modificou, substancialmente, a forma dos indivíduos se relacionarem nas últimas décadas. Ressalte-se, por exemplo, a velocidade e mesmo desnecessidade de presença física junto ao destinatário da mensagem que se deseja manter uma conversa.¹²⁰

Todos os dias notícias são enviadas, via meios tecnológicos cada vez mais modernizados, prontos para prestar um serviço de forma rápida, que inclusive possibilita ao receptor e emissor da mensagem – conquanto presentes fisicamente em lugares longínquos, troquem mensagens e notícias como se muito próximos estivessem. Ou até mesmo que ocorra, justamente, o inverso, pois tem se notado corriqueiro que indivíduos, reunidos num mesmo local, dispensem a comunicação tradicional, optando por falarem entre si mediante aplicativos e rede sociais instalados em *notebooks*, *tablets* e *smartphones*.

Assim, a vivência em outras épocas, onde devido à inexistência dos modernos aparelhos de tecnologia, forçosamente, exigia que as pessoas se relacionassem com muito mais contato direto do ponto de vista físico difere do modelo de vida atual, em que a revolução tecnológica das últimas décadas trouxe inovações, que modificaram a vida humana em várias dimensões.¹²¹

Assim, se a contactação entre os seres humanos e/ou entre o ser humano e a natureza, outrora em tempos não tão remotos assim, podia se dar de maneira mais direta (do ponto de vista físico), haja vista a necessidade, muitas vezes, da presença concomitante entre as pessoas que se comunicavam; com o passar do tempo, o panorama social parece ter seguido rumos que se distanciaram desta forma da comunicação acontecer.

¹¹⁸ É bem provável que, em atenção ao crescente número de inovações tecnológicas, quando um possível leitor estiver lendo o texto, ora elaborado, existam outras formas de comunicação textual mais sofisticadas do que, contemporaneamente, razão pela qual não se afigura possível fazer referência, por hora, a estas futuras invenções, conquanto se possa imaginá-las e não desconsiderá-las.

¹¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Op. cit, p. 21.

¹²⁰ Ibidem, p. 20-21.

¹²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Op. cit., p. 21.

A velocidade de transmissão das informações¹²², que por um vértice possibilitou o contato entre pessoas e nações em lados opostos do mundo de uma maneira cada vez mais rápida, por outro norte proporcionou que a presença física se tornasse paulatinamente desnecessária, o que para muitos que cresceram junto com esse movimento de transformação social apresenta-se como uma forma de comunicação por demais evidente e normal.

Esses movimentos de mudanças culminantes nas inovações efervescentes de aparelhos tecnológicos tiveram o condão de transformar a forma como os seres humanos passaram a viver, uma vez que os indivíduos se encontram, hoje em dia, inseridos em um mundo com máquinas, aparelhos e novidades da tecnologia, que influenciam, cada vez mais, na forma de se comunicarem e executarem suas atividades diárias.

A velocidade imprimida aos diversos meios de tecnologias, ao passo que modificou a forma do ser humano viver, modificou ainda de forma mais intrínseca o próprio ser social, que absorvendo a dinâmica dessa velocidade, impressa nos aparelhos tecnológicos e tão usuais da vida contemporânea, foi amoldando, paulatinamente, seu comportamento e atividades diárias a esse cenário que ainda continua em construção, exatamente por ser eminentemente dinâmico.

Nessa senda, como o próprio Bauman acentua, “todos nós estamos, a contragosto, por desígnio ou à revelia, em movimento. Estamos em movimento mesmo que fisicamente estejamos imóveis: a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança”.¹²³

Assim, percebe-se que a dinâmica da globalização tem proporcionado influências nas mais diversas áreas sociais, de sorte que a mudança na comunicação tem sido uma das mais acentuadas, haja vista ter se difundido entre as pessoas de tal forma a tornar-se um “vírus” difícil de mensurar até que dimensão e de que maneira tenha atingido a interação social.

3.3 A preferência pelo que seja mais imediato e demande menos esforços

Uma sociedade inserida em tempos de liquidez e instabilidade, de novidades e surpresas diuturnas se encontra, como observou Bauman, em um contínuo estar em

¹²² Ibidem, p. 21-23.

¹²³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. p. 8.

movimento, fenômeno que é muito bem captado pelas publicidades do consumo, dando margem, inclusive, para que a cultura do imediatismo se dissipe entre as pessoas.¹²⁴

Atividades, veículos e uma série de instrumentos usuais no cotidiano são acionados ou postos em movimento, mediante gestos, os quais paulatinamente vêm demandando menos esforços e que, ao mesmo tempo, fazem tudo parecer muito simples na maioria das vezes, rápido, quase que em tempo imediato. Nesta ótica, o imediatismo pode ser enxergado nos traços inovadores e tecnológicos das construções e aparelhos do mundo moderno.

Corredores de prédios, por exemplo, ascendem luzes com o reflexo ou calor humano, aparelhos eletrônicos são ligados com o simples deslizar de uma digital, veículos automotores são acionados com o pressionamento de um botão apenas, de sorte que na maioria dessas atividades, tão comuns no dia a dia, importa aos indivíduos que as desempenham, não o saber, quanto ao procedimento ou conjunto de mecanismos que se encontram por trás do projeto final, mas sim o resultado que o produto ou atividade possa proporcionar.

Em um ambiente de eventos imediatos, tudo acontece muito rápido, de forma que as pessoas se acham envolvidas numa trama de acontecimentos e cercadas por objetos que se apresentam, cada vez mais, promissores em realizar suas respectivas prestezas de maneira instantânea, o que na maioria das vezes são muito bem recepcionados pelos usuários que, via de regra, se encontram preocupados eminentemente com a finalidade do bem a ser utilizado ou atividade a ser desempenhada.

Sem embargo, vislumbra-se que tal cenário imediatista – o qual se vê presente em inúmeras ânsias que particularizam o homem moderno – é vislumbrado também na produção literária e visual que tem atraído o público, que se vê ávido por uma literatura “leve”, “ligeira”, denominada por Vargas Llosa¹²⁵ como *light* (como sendo aquela de baixa densidade crítica), a qual usualmente se vê circulada por manchetes que privilegiam imagens ou que quando usam palavras, preferem frases mais curtas, ao invés de textos que possam exigir determinado esforço intelectual do leitor, para formar uma opinião mais aprofundada até mesmo crítica, a respeito do que é posto em divulgação.

O jornalista peruano Mario Vargas Llosa, conquanto detenha uma visão diferenciada dos demais autores perfilados acima, parece ter vislumbrado um mesmo fenômeno que

¹²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. Op. cit. p. 122-124.

¹²⁵ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Trad. Ivone Benedetti. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 31.

caracteriza a sociedade contemporânea correspondente ao espetáculo¹²⁶ impregnado na cultura moderna, que se faz sentir de tal maneira, a ponto de deter o condão de atrair o público de sorte a lhe divertir mediante entretenimentos, diversões e shows de imagens que lhe captam a atenção das mais variadas formas.

A literatura, bem como o desenvolvimento das ideias se vê comprometidos, à medida que a mentalidade imediatista possa a tomar corpo nas notícias que a maioria das pessoas tem acesso, fato que vem ocorrendo, através do uso de *smartphones*, rede sociais, sites/blogs da *internet*, programas de televisão, os quais, via de regra, tem sido as vias fundamentais de acesso do grande público às notícias da atualidade.

O que esse escritor procura destacar é que na sociedade atual a massificação e a frivolidade¹²⁷ impregnam seus contornos no tecido social, de modo que esse “ser frívolo” revela-se uma expressão utilizada pelo autor, que traz um sentido muito semelhante ao “ser líquido” proposto por Bauman, haja vista extrair-se das leituras desses autores constatações que caminham em sentido semelhante.

Nesse sentido, caminha a percepção de Guy Debord, quando assevera que “a vedete do espetáculo, a representação espetacular do homem vivo, ao concentrar em si a imagem de um papel possível, concentra pois essa banalidade. [...]”.¹²⁸ Esse filósofo expressa, portanto, a ideia semelhante que Vargas Llosa tencionou demonstrar ao se remeter aos tempos frívolos¹²⁹, de maneira que para Debord¹³⁰, o que particulariza a sociedade atual é a vivência do aparente, sem profundidade.

Vargas Llosa, por seu turno, entende que a civilização do espetáculo galopa de tal sorte, a ponto de deixar as ideias ficarem pelo caminho, ou ao menos, restarem empobrecidas¹³¹ (muito pouco alimentadas), quando se assiste como os sentimentos e paixões têm saciado o público¹³², sobretudo em matérias jornalísticas pautadas pelo sensacionalismo, conforme percebe Danilo Angrimani¹³³, para quem as mídias desse naipe apelam à linguagem clichê, idônea a envolver o público mediante o apelo emocional.

¹²⁶ Com apoio nas palavras do autor, segue adiante a definição do que seria esta sociedade: “O que quer dizer sociedade do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal”. Ibidem, p. 29.

¹²⁷ Ibidem, p. 35.

¹²⁸ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 40.

¹²⁹ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit. p. 31.

¹³⁰ DEBORD, Guy. Op. cit. p. 41

¹³¹ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit. p. 41.

¹³² ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa**. 2. ed. São Paulo: Summus, 1995, p. 108-118.

¹³³ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit., p. 108-118.

Percebendo tal panorama, Gilles Lipovetsky afirma que, nos tempos atuais, o indivíduo se vê empobrecido de vida intelectual, porquanto “[...] agora são mais as mídias que fabricam as celebridades do que os círculos de eruditos e intelectuais [...]”.

Curiosamente, registra o filósofo, importa mais ao indivíduo buscar a si mesmo¹³⁴, fato que, interpretado à luz dos tempos contemporâneos, representa uma marca do individualismo, característico da pós-modernidade, o que acarreta a dispensa a quaisquer debates, com mais profundidade, sob o eixo da filosofia, por exemplo.

Anote-se que, na sociedade do espetáculo, a publicidade construída em torno da violência e da criminalidade, mormente pelos programas televisivos e manchetes de jornais de tom sensacionalista, é transmitida mediante uma verdadeira teatralização dos fatos, como exemplo matérias jornalísticas a respeito de crimes que chocam a população, como assassinatos, chacinas, sequestros, etc. Assim, a morte, v.g., fica submetida a um “espetáculo”¹³⁵, que rende a audiência do público, fato que muito seduz a população, que se vê atraída pelas histórias e enredos formulados e postos à publicidade.

Presenciam-se, dia após dia, shows midiáticos, que tornam as notícias verdadeiros espetáculos, que alcançam o entretenimento do público.¹³⁶ Tal panorama, contido em inúmeras programações ofertadas pelos meios de comunicação, não se desenha de maneira diferente quando o assunto tem em mira a violência e criminalidade.

Noutro giro, percebe-se que até mesmo a própria notícia vem se transformando numa espécie de mercadoria de consumo, uma vez que também não foge a lógica desta cultura, pois assim como tantos outros bens e comodidades, seu conteúdo tem sido deixado em segundo plano ou até mesmo se quedado obsoleto, uma vez que, consoante apregoa Eduardo Galeano, em relação à notícia “[...] sua função primordial é compensar frustrações e alimentar fantasias”.¹³⁷

Há que se ressaltar, pois, que o principal malefício que a literatura *light* pode provocar na mentalidade daquilo que se convencionou denominar de cultura das massas ou massificação do público é o atrofiamento da atividade do pensar, atividade inerente ao ser humano, dotado de aguda racionalidade e poder criativo, típicas características que o faz se diferenciar dos demais seres vivos que habitam no mundo.

Neste sentido, Bauman também vislumbra algo parecido, quando percebe que, na modernidade líquida, o exame de ideias tem-se perdido na mente do indivíduo que habita na

¹³⁴ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 103-104.

¹³⁵ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit., p. 56.

¹³⁶ SODRÉ, Muiz. **Sociedade, Mídia e Violência**. Porto Alegre: Sulina: Edipucrs, 2002, p. 12.

¹³⁷ GALEANO, Eduardo H. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Op. cit. p. 267.

pós-modernidade, pois segundo o autor estamos assistindo “[...] um tipo de sociedade que não mais reconhece qualquer alternativa para si mesma e, portanto, sente-se absolvida do dever de examinar, demonstrar, justificar (e que dirá provar) a validade de suas suposições tácitas e declaradas”.¹³⁸

Seguindo a mesma esteira de reflexão, é possível constatar tal pensamento nas palavras de Vargas Llosa, “[...] hoje vivemos a primazia das imagens sobre as ideias. Por isso, os meios audiovisuais, cinema, televisão e agora a internet, foram deixando os livros para trás [...]”.¹³⁹ A visão desse dramaturgo e escritor revela um fato novidadeiro desta sociedade, que cada vez mais parece ser saciada com aquilo que já chega pronto e acabado em suas mãos.

Assim, as ideias e opiniões também não fogem a essa lógica, já que as imagens e algumas frases generalistas são suficientes para servir de mote a discussões, pontos de vista, mudanças de opinião ou até mesmo, simplesmente, termina sendo o necessário para a criação de uma anedota ou charge para circular em redes sociais, via *WhatsApp* ou *Facebook*, típicos mecanismos de comunicações, quase que inarredáveis na sociedade contemporânea.

Para mais além, os meios de comunicação de massa, segundo Peter L. Berger, “[...] difundem conhecimentos especializados de forma popular e as pessoas se apropriam de algumas dessas informações e as integram em seu tesouro de experiências.”¹⁴⁰, fato que no que diz respeito a temas oriundos ou que guardem relação com o mundo do direito (ou até mesmo do direito penal especificamente) são comprometidos, haja vista perderem sua técnica e densidade, ante os termos utilizados pelos *Mass Media* para veicular as notícias.

Esse cenário favorece para que muita informação que veicule qualquer temática, que seja publicada pelos meios de comunicação, possa vir a ser engolida ou até mesmo não captada integralmente, considerando a forma líquida e superficial que a troca de informações tem se desenvolvido através dos meios de comunicação modernos.

Por ter se tornado comum essa forma de acesso aos fatos que ocorrem na sociedade e que são noticiados ao público, hoje em dia, as pessoas estão dispensando a consulta de livros ou periódicos, pois uma figura ilustrativa parece dizer muito mais do que uma opinião autêntica a ser extraída, após a leitura e reflexão de um texto.

Nessa senda, o que se revela importante perquirir em relação a esse movimento da sociedade pós-moderna é o espaço que tem sobrado para os intelectuais e especialistas em

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit. p. 30.

¹³⁹ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit. p. 41.

¹⁴⁰ BERGER, Peter L.; LUCKMAN, Thomas. Op. cit. p. 21.

determinada seara do saber, consoante ponderam Vargas Llosa¹⁴¹ e Lipovetsky¹⁴², pois tendo em vista a “suficiência” com que se tem mostrado as frases ou informações superficiais que circulam no dia a dia, o intelectual foi cada vez mais desaparecendo do cenário público, fato que ocasiona por consequência, o ínfimo valor que o pensamento ou a reflexão tem assumido na sociedade contemporânea.

Nessa quadra, revela-se oportuna a lição de Mario Vargas Llosa, que para além de se preocupar com o enfoque ora valorado, em torno desta temática, analisa o caso sob o ponto de vista dos discursos da política. É o que se vê de um trecho extraído do ensaio desse escritor:

Na civilização do espetáculo a política passou por uma banalização talvez tão pronunciada quanto a literatura, o cinema e as artes plásticas, o que significa que nela a publicidade e seus slogans, lugares-comuns, frivolidades, modas e manias, ocupam-se inteiramente a atividade antes dedicada a razões, programas, idéias e doutrinas.¹⁴³

Outra característica interessante na civilização do espetáculo é que qualquer situação que seja, por demais corriqueira, típica da rotina diária, pode tornar-se motivo para espetáculo, sem que para tanto exista um pessoa influente ou até mesmo um motivo enraizado no âmago do público por trás do assunto, para que enseje ou dê impulso, para o fato se tornar atrativo para as pessoas.

É comum ainda, na sociedade de espetáculo, consoante apregoa Guy Debord¹⁴⁴, que não apenas os fatos sejam motivos para diversão do público, mas também os próprios indivíduos sejam instrumentalizados com o intuito de divertir o meio social.

Sem precisar estar vinculado a um fato extracotidiano, vê-se que simples falas, particularidades ou pessoas, uma vez ganhando atenção do público, podem ser exploradas, normalmente, através das redes sociais, mediante um universo de mil e uma possibilidades, chegando a ter alcance não apenas regional, como também nacional, em frações de segundo, considerando a abrangência que os meios de comunicação possuem na pós-modernidade.

Assim, é forçoso reconhecer que o “ser espetáculo” vem ganhando moda, pois exatamente como assistimos na contemporaneidade, quaisquer fatos podem ser reportados com esse contorno peculiar, de modo que situações delicadas, que merecem um olhar mais cauteloso, podem ser suplantadas por um fenômeno que tem o condão de atrair a atenção do público pelo que seja frívolo, podendo a qualquer tempo vir a ornamentar os fatos mais imprevisíveis do cotidiano com tal perspectiva.

¹⁴¹ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit. p. 32-33.

¹⁴² LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 103-104.

¹⁴³ VARGAS LLOSA, Mario. Op. cit., p. 44.

¹⁴⁴ DEBORD, Guy. Op. cit. p. 17.

É justamente nesta situação que habita o perigo de que instituições e atividades caras à humanidade se vejam comprometidas. Percebe-se, a título de exemplo, como a política vem caindo na descrença e indiferença de muitos cidadãos, a ponto de ter se tornado alvo para espetáculos, circunstância que acarretou o desinteresse da população pelo envolvimento e participação nessa seara.

Em seu lugar, é oferecido à população, aquilo que Bauman denomina de tranquilizantes éticos¹⁴⁵, os quais tem o condão de mandar para longe qualquer pensamento que possa reportar à responsabilidade do ser humano, enquanto ser cidadão, no que diz respeito a temas que envolvem a coletividade representativa de um determinado corpo social.

Revela-se plausível recordar que as catástrofes (terremotos, desastres, chacinas), bem como atos que chocam a população, como racismos, atitudes terroristas e assassinatos brutais que, por ventura, ocorram no cenário moderno, não se encontram mais imunes às publicações de espetáculo, porquanto não escapam de se tornarem mote para charges e matérias, que alimentando a sede da população por matérias desse naipe são ainda banalizadas, quando muitas vezes o próprio ser humano se encontra envolvido em tais acontecimentos.

Essa forma de publicar fatos que ocorrem no dia a dia viola a intimidade de pessoas, lares e famílias, que poderiam ter sua intimidade resguardada, mas que acabam vendo tal direito da personalidade ser desrespeitado diante de cenas, muitas vezes dolorosas, sendo, por tal razão, banalizadas, o que por certo não deveria acontecer¹⁴⁶, pois em casos como os supracitados, mereceriam outra abordagem para e pelo público, a fim de despertar neste um sentimento cívico solidário e não uma abertura para o instinto frívolo e banal.

Assim, situações fáticas que poderiam render margem para uma crítica ou análise mais aprofundada em torno de assuntos caros e de interesse para a sociedade sucumbe frente à cultura de espetáculo conivente a uma divulgação de informações rasante, que por sinal tende a enxergar os fatos noticiados a respeito de temáticas diversas, sob contornos de frivolidade, segundo a aceção desenvolvida por Vargas Llosa.¹⁴⁷

3.4 Um mundo de riscos e incertezas: a abertura para a sensação de insegurança e medo

Em sequência à linha cognitiva que tenciona compreender os traços característicos dessa nova modernidade que insurge, faz necessário se reportar à dinâmica de riscos e

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 119.

¹⁴⁶ PAIVA, Anabela; RAMOS, Silvia. **Mídia e violência: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007, p. 79.

¹⁴⁷ VARGAS LLOSA, Mário. Op. cit. p. 121.

incertezas, que abre margem para a sensação de medo e insegurança, a qual se assiste na sociedade, diuturnamente, sobretudo porque tal sintoma da atualidade tem acarretado novidades para o âmbito do direito, especialmente para o direito penal.

De início, cumpre mencionar a obra intitulada *Sociedade de Risco*, de autoria do sociólogo alemão Ulrich Beck¹⁴⁸, que procura demonstrar as diferentes mudanças que a sociedade pós-industrial veio a provocar em diversos setores no cenário moderno, seja no campo do trabalho, no campo social, na seara familiar ou até mesmo no setor industrial em sentido estrito.

A reflexão feita pelo sociólogo alemão abre diálogo com uma gama de riscos, os quais – não raras vezes – funcionam como mote para discussões, como também para serem postos em análises sob diferentes enfoques, como o sociológico, político, econômico, jurídico, entre outros.

Embora o estudo dos riscos que a sociedade se vê inserida tenha sido transportado para o debate jurídico, inicialmente, direcionado para assuntos inerentes ao campo do direito ambiental e/ou da responsabilidade civil; o contributo das obras de Ulrich Beck, ao longo dos últimos anos, vem servindo de apoio para muitos trabalhos desenvolvidos na seara da criminologia, notadamente da política criminal e do direito penal.¹⁴⁹

O que se pode exportar das propostas de Beck para o eixo central deste trabalho diz respeito à forma como a sociedade tem se comportado diante dos problemas que lhe fujam o controle, fazendo surgir em seu seio o sentimento de incertezas, o qual tem rendido margem para uma sensação de medo e insegurança que faz desencadear o socorro aos instrumentos de política criminal para solucionar problemas sociais da contemporaneidade.

Sob essa ótica, o direito penal, por exemplo, surge, no seio dessa sociedade, como uma ferramenta que pode contribuir para amenizar ou até mesmo solucionar o mal-estar decorrente das zonas de insegurança, que por ventura possam deixar as pessoas sentirem-se indefesas.

A leitura da sociedade atual feita por autores como Lipovetsky¹⁵⁰, Bauman¹⁵¹ e o próprio Beck¹⁵² revela um mesmo sintoma da pós-modernidade, oriundo da forma como as

¹⁴⁸ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 10.

¹⁴⁹ Destaque-se, os trabalhos acadêmicos que, via de regra, vem surgindo no cenário do direito penal, haja vista os escritos crescentes em torno do direito penal do risco. Cf. in: DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in) eficiência da expansão do Direito Penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, vol. 891. LEMOS, Carolina Barreto; GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. Crime e Risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n. 97. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47.

¹⁵⁰ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. Op. cit. p. 143.

¹⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p.13.

pessoas estão se comportando frente aos incômodos e problemas contemporâneos: o despertar pela busca por segurança.

Nessa perspectiva, revela-se oportuna a forma como Ulrich Beck¹⁵³ analisa a questão, ao realizar uma análise comparativa entre os anseios que a sociedade de classe almejava – quais sejam – a igualdade material, e os anseios que a sociedade de riscos objetiva, isto é, a busca por segurança entre os semelhantes:

[...] O sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem *compartilhar* do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser *poupados* do veneno. [...] A força motriz na sociedade das classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade do risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a *solidariedade por medo* emerge e torna-se uma força política.[...]

Por outro lado, a busca por segurança acaba gerando também o fechamento do indivíduo em si ou nos espaços íntimos e privados com os seus, a fim de se afastar o máximo possível do medo que se dissemina na sociedade.¹⁵⁴

Via de regra tem sido essa a maneira encontrada para alcançar a segurança no meio social, já que inexistiria, em tese, qualquer outro lugar para sentir-se protegido dos riscos da pós-modernidade, podendo, então, viver-se tranquilamente.

É bem verdade, consoante se extrai das lições de Beck, que esses riscos ora se apresentam como constatados, mediante resultados científicos e/ou estatísticos, são alimentados, sobretudo pela mentalidade mercantilista.

Isso porque o apanhado de situações imprevisíveis e/ou incertas, normalmente voltadas para o futuro (caracteres que demarcam bem o que significa “risco”)¹⁵⁵ são aproveitadas como estratégias de consumo, que passam a gravitar às soltas pela imaginação das pessoas, que passam a projetar seus pensamentos com base em informações desse caráter acerca de muitas “situações de perigo”, conforme percebe Bauman.¹⁵⁶

Beck destaca que na definição daquilo que seja considerado como risco vem a quebrar o monopólio de racionalidade das ciências, de sorte que se revela por demais desafiador tentar imprimir objetividade nas definições de riscos, isto porque entram em jogo distintas possibilidades matemáticas, como também interesses sociais.¹⁵⁷

¹⁵² BECK, Ulrich. Op. cit., p. 59.

¹⁵³ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 60.

¹⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Op. cit. p. 32-33.

¹⁵⁵ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 34-35.

¹⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 187-188.

¹⁵⁷ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 35.

Analisando essa característica da sociedade moderna, percebe-se que os riscos também são passíveis de serem mercantilizados. Como acentua o sociólogo alemão: “[...] Riscos da modernidade são *big business*. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuraram [...]”.¹⁵⁸

Para Bauman¹⁵⁹, o medo de estar expostos a riscos, por exemplo, pode levar tal sentimento a padecer de um uso comercial, a fim de fomentar políticas e propagandas de proteção pessoal, abastecendo o capital financeiro, de quem por ventura se aproprie desse sentimento, para obter lucros, criando, por vezes, o que Guy Debord tencionou mostrar ao fazer alusão a um cenário que alimenta na sociedade consumista o anseio por produtos que ilusoriamente lhe garantiriam segurança.¹⁶⁰

A apreensão do risco para servir de fomento à publicidade de produtos aparenta ser uma estratégia promissora, considerando que o risco desperta medo e insegurança nas pessoas, o que pode fazer com que elas busquem, com a aquisição de um novo bem, encontrar um mecanismo que reduza uma sensação de incerteza ou angústia.¹⁶¹

O medo, portanto, torna-se uma espécie de matéria-prima, dotada de prosperidade, apta a ser manuseada, por diversas instituições comerciais, a fim de alimentar redes de negócios, fato que vem proporcionar que produtos e mercadorias sejam postos no mercado, trazendo consigo, em seu bojo, na verdade, a venda de segurança.¹⁶²

Ressalte-se que não apenas interesses comerciais podem gravitar em torno do uso do medo, pois sua utilização pode almejar tornar-se pauta eleitoreira¹⁶³, haja vista a acepção de discursos em defesa e promoção da segurança pública como promessas e debates de candidatos em épocas de eleição, por exemplo.

Talvez por essa razão, apregoa Eduardo Galeano que “o pânico coletivo, que identifica a democracia com o caos e a insegurança, é uma das explicações possíveis para o sucesso das campanhas políticas de alguns generais latino-americanos”.¹⁶⁴

Tal situação, certamente, tem ligações diretas no problema já narrado acima, pois uma vez que na definição de risco adentra uma série de fatores, a depender dos interesses em jogo,

¹⁵⁸ Ibidem, p. 28.

¹⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Op. cit. 55.

¹⁶⁰ DEBORD, Guy. Op. cit. p. 33.

¹⁶¹ DEBORD, Guy. Op. cit., p. 107.

¹⁶² DEBORD, Guy. Op. cit., p. 107.

¹⁶³ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p. 59.

¹⁶⁴ GALEANO, Eduardo H. Op. cit. p. 84.

é possível, portanto, que os riscos da sociedade se tornem elementos maleáveis, de fácil e também de multiuso manuseio para fundamentar toda sorte de discursos e objetivos políticos.

De todo modo, importa registrar que a percepção dos riscos pela modernidade, ao tempo em que contribuiu para a compreensão de fenômenos naturais, favorecendo o progresso em várias áreas da sociedade, oportunizou também a percepção das ameaças e perigos, presentes na vida moderna.¹⁶⁵

Nada obstante, cabe ressaltar também que os riscos, ora escondidos, ora claros no cenário da sociedade, têm oferecido abertura para uma sensação de medo e insegurança¹⁶⁶, sobretudo quando inexiste uma forma que demonstre ser garantidora em lidar com fenômenos tão imprevisíveis, sem que o indivíduo esteja numa zona de perigo, onde sua segurança não possa vir a ser comprometida.¹⁶⁷

Por sua vez, a sensação de medo e insegurança, decorrente dessa percepção de estar inserido em riscos, se revela ainda mais angustiante, numa sociedade de acentuada velocidade nas mudanças, notícias, novidades e surpresas, de forma que o “sentir-se inseguro”, quando potencializado pelos mecanismos modernos de comunicação, abre toda uma sorte de imaginário, de maneira a tornar ubíquo o medo que deflui dessa sensação de insegurança, espalhando-o por qualquer parte.¹⁶⁸

Seguindo essa esteira de reflexão, Bauman¹⁶⁹ alude a tal cenário, mediante o recurso metafórico, quando pretende insinuar que os medos viajam pelos mecanismos fabricantes de incertezas e inseguranças em meio ao cenário global, ficando, por tal motivo, muitas vezes, fora de alcance e constatação pelas instituições políticas.

Nas palavras empregadas por Bauman, o medo é “o nome que damos a nossa *incerteza*: nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance.”¹⁷⁰ Assim, com certa dose de incompreensão e visibilidade, o medo se dissipa na mente humana se mostrando angustiante e fugidio, uma vez que assume características, no sentido de poder estar presente em qualquer lugar, sem que possa, no entanto, ser controlado.

¹⁶⁵ BECK, Ulrich. Op. cit. p. 27.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 60.

¹⁶⁷ “(...) vemo-nos praticamente indefesos. Perigos vêm a reboque do consumo cotidiano. Eles viajam com o vento e a água, escondem-se por toda parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos –, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da modernidade.” BECK, Ulrich. Op. cit, p. 9.

¹⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 11 e 31..

¹⁶⁹ Idem. *Em busca da política*. Op. cit., p 57.

¹⁷⁰ Idem. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 8.

Com apoio nas reflexões de Eduardo Galeano, pode-se inferir que essa sensação de medo, que desemboca numa busca por segurança, como alvo a ser atingido e proporcionado à sociedade, tornou-se um fenômeno global, de sorte que o anseio pela segurança pública soa tal qual um grito acentuado na sociedade atual, até mesmo brotando como um objetivo colimado pelo público, muito mais do que a própria justiça.¹⁷¹

Seguindo essa esteira, calha trazer a tona os laços que existem entre o medo e o mal. Isto porque, consoante assinala a sociologia de Bauman, tais fenômenos se encontram entrelaçados da seguinte forma:

O medo e o mal são irmãos siameses. [...] Um apontado para o ‘lá fora’, para o mundo, o outro para o ‘aqui dentro’, para você mesmo. O que tememos é o mal; o que é o mal, nós tememos. Mas o que é o mal? [...] O mal é aquilo que desafia e explode essa inteligibilidade que torna o mundo suportável... [...] Recorremos à ideia de ‘mal’ quando não podemos apontar que regra foi quebrada ou contornada pela ocorrência do ato para o qual procuramos um nome adequado.¹⁷²

Esta maneira de enxergar o cenário social de medo se faz visível mais acentuadamente no ambiente das cidades urbanas, consoante registra Bauman¹⁷³:

As cidadelas de segurança urbanas transformaram-se ao longo dos séculos em estufas ou incubadoras de perigos reais ou imaginários, endêmicos ou planejados. Construídas com a ideia de instalar ilhas de ordem num mar de caos, as cidades transformaram-se nas fontes mais profusas de desordem, exigindo muralhas, barricadas, torres de vigilância e canhoneiras visíveis e invisíveis – além de incontáveis homens armados.

Ademais, aquilo que por ventura se entenda por “mal”, via de regra, resta projetado não apenas em situações específicas, mas também em pessoas, normalmente, em estereótipos humanos, como a figura do delinquente, indivíduo que é considerado pernicioso, muitas vezes tido como uma espécie de ameaça para o tecido social.

O crime surge neste cenário de medo e insegurança, por ser exatamente um comportamento humano que pode ameaçar não somente a vida, mas também o patrimônio e segurança das pessoas; é, portanto, um fenômeno explorado e projetado como grande situação de risco para a sociedade, a qual, normalmente, enxerga como vilão a figura daquele considerando criminoso, delinquente ou qualquer outra denominação de caráter desviante, para se reportar a esse indivíduo, que recentemente se depara na moda.

Em linhas semelhantes à reflexão ora trilhada, reflete Eduardo Galeano, por ter percebido que as expressões utilizadas para se referir àqueles que representam fontes de

¹⁷¹ GALEANO, Eduardo H. Op. cit. p. 81.

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 74-75.

¹⁷³ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 98.

perigos à sociedade, comumente tem se mostrado como nomenclaturas que vislumbram esses indivíduos como seres portadores de uma natureza maledicente, senão veja-se:

Os jornais, as rádios e a televisão do Brasil frequentemente definem os delinquentes com um vocabulário provindo da medicina e da zoologia: *vírus, câncer, infecção social, animais, bestas, insetos, feras selvagens* e também *pequenas feras* quando os delinquentes são meninos. Os aludidos sempre são pobres.¹⁷⁴

Percebe-se, aqui, um dos caracteres que particularizam a expansão punitiva da sociedade contemporânea, pois a projeção em estereótipos que precisam ser capturados para a sensação de insegurança ser combatida revela-se um dos clamores corriqueiros divulgados pelos meios de comunicação e presentes nos discursos populares.

Nota-se, em paralelo, que essa projeção do “mal” ultrapassa a figura dos criminosos, recaindo também em torno de indivíduos que se encontram alijados do processo globalizante, bem como do poder aquisitivo de consumo, haja vista que as pessoas inseridas nesse quadrante, não raras vezes, são aquelas mais suscetíveis de serem estereotipadas como “estranhas”¹⁷⁵, partindo tal rotulação, normalmente, daqueles que se encontram mais afeitos aos movimentos contemporâneos.

Essa projeção do “mal” em tais figuras desemboca ainda na busca por culpados, responsáveis, fontes representativas das mazelas sociais¹⁷⁶, comumente, canalizada para a construção de estereótipos, fato que conduz à criação de verdadeiros inimigos públicos internos¹⁷⁷.

Tal panorama, aos poucos, vai inserindo no meio social o clamor por tratamentos mais duros e respostas estatais mais repressivas para combater o crime e os indivíduos tidos como prováveis fontes de perigos, onde se busca, por meio dessa saga, eliminar os indivíduos, vistos como “estranhos”, “forasteiros”, ou que por algum motivo ameassem a segurança da sociedade.¹⁷⁸

Nisso, muito se assemelha a um constante sintoma de querer-se proteger (vendo-se longe de indivíduos que muitas vezes são indeterminados, posto que os “perfis” das figuras ameaçadoras se perdem dentre os inúmeros tipos de agentes perniciosos ao tecido social) acarreta a criação de *standards* que ganham receptividade do grande público, como por exemplo, frases que servem de mote para abertura dos discursos de combate ao inimigo

¹⁷⁴ GALEANO, Eduardo H. Op. cit p. 81-82.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Op. cit. p. 19 e 41.

¹⁷⁶ Idem. *Confiança e Medo nas Cidades*. Op. cit. p. 17.

¹⁷⁷ GALEANO, Eduardo H. Op. cit p. 90-91.

¹⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo nas Cidades*. Op. cit. p. 37.

público interno, as quais se mostram tão comuns no cenário brasileiro, conforme revela a passagem subsequente:

Um bom bandido é um bandido morto', dizem agora os que exigem uma terapia social de mão de ferro. A sociedade tem o direito de matar, em legítima defesa da saúde pública, ante a ameaça das arrabaldes crivados de vagabundos e viciados. Os problemas sociais reduziram-se a problemas policiais e há um clamor crescente pela pena de morte. [...] Com ou sem lei, o Estado pratica homicídio com premeditação, dolo e preavencimento, e no entanto, por mais que o Estado mate, não consegue evitar o desafio das ruas convertidas em terra de ninguém.¹⁷⁹

Diante desse panorama, vislumbrado na modernidade líquida, segundo a acepção de Bauman, sobretudo nas sociedades onde a violência e criminalidade instiga uma crescente busca por segurança e proteção, verifica-se uma gradativa criação de instrumentos que prometem garantir a segurança privada, estigmatização de indivíduos, vistos como fontes ameaças, além da construção de edifícios e residências, os quais são elevados para a proteção e refúgio particular daqueles que possam fazer uso desse tipo insurgente de construção civil.

O surgimento desse fenômeno tem sido denominado de arquitetura urbana governada pelo medo, ou simplesmente, arquitetura do medo, decorrente dessa transformação por que passa as edificações urbanas, para se tornarem verdadeiras fortalezas, idôneas a repelir tudo aquilo ou aqueles que representem perigo.¹⁸⁰

Além disso, a sensação de medo e insegurança que contribui para a difusão da chamada arquitetura de medo, o que faz gerar também no seio popular uma espécie de crise de confiança¹⁸¹, uma vez que se os medos estão à solta, sendo necessário, cada vez mais, proteger-se deles, cresce em paralelo a sensação de desconfiança, pois “o mal pode estar oculto em qualquer lugar”.¹⁸²

Assim, dado esta sensação de medo e insegurança, anota Bauman¹⁸³ que a própria vigilância acabou tornando-se líquida, uma vez que se dissipou de tal maneira, a ponto de se fazer presente em vários locais e de diferentes formas, a fim de poder controlar tal ambiente que cada vez mais se dissipa no seio social:

A vigilância se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a. sem um contêiner fixo, mas sacudida pelas demandas de “segurança” e aconselhada pelo marketing insistente das empresas de tecnologia, a segurança se esparrama por toda parte.

Ademais, essa sensação de insegurança e medo desperta no meio social a ânsia pela proteção daquelas situações consideradas como fontes de ameaças; bem como pela captura

¹⁷⁹ GALEANO, Eduardo H. Op. cit. p. 96-97.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 63.

¹⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da pós-modernidade*. Op. cit. p. 32-36.

¹⁸² BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit., p. 91 e 171.

¹⁸³ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Op. cit. p. 10.

dos sujeitos que representem perigo para a população, haja vista o anseio de punição daqueles pré-concebidos como “os culpados”.¹⁸⁴

Esse mesmo anseio se faz presente nos discursos populares modernos, que clamam tanto pela criminalização de condutas, até então estranhas ao direito penal; quanto pela intensificação do uso das sanções penais (notadamente através da aplicação de penas mais rígidas para serem endereçadas aos criminosos) sinalizando a difusão de um movimento expansivo dos institutos jurídicos ofertados pelo direito penal, notadamente aqueles que relevem o aspecto mais recrudesciente possível, sob o ponto de vista punitivo.

3.5 A cultura do consumo na contemporaneidade e seu reflexo na aquisição de segurança

Outro fator que tangencia a dinâmica contemporânea de riscos e incertezas diz respeito ao grau de influência do consumo nos tempos hodiernos, sobretudo porque situações de risco vêm se tornando uma espécie de fonte, a qual tem acarretado uma produção de novos bens, os quais a sociedade tem consumido.

É que a dinâmica da velocidade, descrita nos termos acima, ao passo que acelerou as inovações e processos que antes demoravam mais tempo para acontecerem, ofereceu também, a cada novo dia, uma “moderna invenção”, um “novo tratamento”, uma “novidade até então jamais vista”, de sorte que o mundo global e em movimento, como anota Bauman¹⁸⁵, passou a ficar marcado pela apresentação das novas possibilidades, fenômeno percebido também por Richard Sennet¹⁸⁶, por notar que, todos os dias, esse crescente número de novidades para consumo são apresentadas para a sociedade.

O mundo globalizado tem se configurado como o espaço onde os produtos podem ser apresentados e comercializados para qualquer parte do globo terrestre. Trata-se de um ambiente propício à apresentação de toda sorte de “bugigangas”, aparelhos de tecnologia, vestuário, viagens e métodos que prometem prazer, sucesso, ou, para sintetizar bem o que gravita em torno dessa sociedade de consumo, como a denomina Jean Baudrillard¹⁸⁷ é a busca pela felicidade.

¹⁸⁴ Ibidem, *Medo Líquido*. Op. cit., p. 170.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. p. 126.

¹⁸⁶ SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 137.

¹⁸⁷ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2005, p. 47.

No mercado das compras e vendas, o consumidor pode navegar por entre inúmeros produtos que se apresentam como atrativos e/ou como objetos que prometem alguma fonte de utilidade, satisfação, comodidade ou simplesmente o prazer de usar e possuir o bem.

Guy Debord¹⁸⁸, ao tecer considerações acerca da maneira como o consumo estava aparecendo na sociedade, chega a registrar que o consumidor real foi se tornando um consumidor de ilusões, de modo que a mercadoria passou a trazer consigo ilusão do que efetivamente é real, fato que se mostra perceptível nas fantasias que se fazem em torno da publicidade de uma série de produtos postos à venda.

Nesse cenário, onde o ambiente se mostra mais do que propício ao lançamento de toda sorte de bens e produtos, embora proporcione margem para que muitas pessoas possam ter acesso às publicidades, sabe-se que os produtos veiculados, na maioria das vezes, podem ser adquiridos por poucos.

Nada obstante, a semente “do desejo de possuir” fica implantada em todos aqueles que por ventura tenham acesso a propagandas, vitrines, publicidades, e toda sorte de notícias que gravitam em torno do mundo que oferece surpresas e novidades diárias, sempre adquiridas a um determinado custo. Assim, o que se pode constatar é que “a sedução do mercado é simultaneamente, a grande igualadora e divisora”¹⁸⁹, no sentido de que ao mesmo tempo em que oferece a mercadoria, tem o condão de selecionar também aqueles que poderão adquiri-la.

Tal ascensão do consumo, segundo Garland¹⁹⁰, implicará em efeitos diretos ao campo do direito penal, porquanto “o *boom* do consumo nas décadas do pós-guerra pôs em circulação uma massa de bens portáteis e de alto valor, que representavam novos e atrativos alvos de furtos.”.

Assim, à medida que cresceram os bens de consumo, sobretudo contornados pelas seduições de mercado contribuíram para disseminar o desejo de possuí-los em toda sociedade, causando também um aumento de oportunidades dos crimes neste âmbito.

De todo modo, sem perder de vista o que relatou Peter Berger¹⁹¹ acerca da multiplicidade de opções no mundo contemporâneo, percebe-se que na seara do consumo, o pluralismo assume tons assaz expressivos, pois a variedade de objetos para se consumir é tamanha que não só procura atender a todas as parcelas da sociedade, mas surpreende a muitos, com a inovação de bens e produtos que atraem os consumidores diariamente.

¹⁸⁸ DEBORD, Guy. Op. cit. p. 33

¹⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama, revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1988, p. 55.

¹⁹⁰ GARLAND, David. Op. cit. p. 204.

¹⁹¹ BERGER, Peter L; LUCKMAN, Thomas. Op. cit. p. 7.

Denota-se que os diversos meios e veículos de propaganda sabem como desenvolver estratégias para seduzir o público, projetando atrações, mediante recursos de propaganda, no produto que se deseja vender. Muito embora, como frisado acima, aqueles que são “atraídos” e se saciam revelam apenas parte do todo influenciado pelas ofertas e produtos à venda.¹⁹²

Nessa quadra analítica, sob o vislumbre do mercado do consumo, que hoje em dia se espraia para aquilo que já se chama de “cultura consumista”¹⁹³, ao passo em que progridem a cada dia, inserem na mente do consumidor a gama de produtos que ele deve adquirir para viver com segurança, adaptado ao mundo onde habita.¹⁹⁴

Por certo, deve ter sido a análise desse panorama, que se assiste na sociedade moderna, a qual tenha conduzido Bauman chegar à seguinte constatação: “a infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha”.¹⁹⁵ Ou seja, dentre as inúmeras possibilidades que são ofertadas ao corpo de consumidores, percebe-se que um dia de passeio no “*shopping center*” ou até mesmo num site de compras na *internet* demonstra ser pouco tempo para se descortinar todas as novidades que o mercado tem para apresentar.

Por outra via, muito embora se deposite expectativas nos produtos que são adquiridos, haja vista a intensa propaganda que, hoje em dia, se faz em qualquer tipo de objeto posto no comércio; observa-se, nada obstante, que “é a velocidade atordoante da circulação, da reciclagem, do envelhecimento, do entulho e da substituição que traz lucro hoje – não a durabilidade e confiabilidade do produto.”¹⁹⁶

Assim, a aquisição de um simples bem pode não trazer a segurança ou satisfação que se espera do mesmo, pois o “novo” de hoje, será o “velho” muito em breve, não mais em meses, ou até mesmo em dias, mas em questão de minutos, basta que o consumidor ao sair de uma loja, após a aquisição de um produto, se depare com outro aparelho, normalmente de última geração, que acaba de ser anunciado como o mais novo lançamento.

A fluidez, expressada nesse rodízio fugaz da aquisição de bens e produtos, caracteriza bem essa sociedade contemporânea, de sorte que na contramão dessa expressividade dos

¹⁹² SENNET, Richard. Op. cit., p. 136-137.

¹⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Op. cit. p. 107-111.

¹⁹⁴ Fazendo um paralelo entre as expressões: “Mercado consumista” e “Cultura consumista”, é possível enxergar que o fenômeno da compra e venda, da troca de mercadorias por dinheiro – do vender, adquirir e consumir como um todo – que antes era visto como algo inerente ao mundo do mercado, já não mais se detém a este espaço apenas, pois se ampliou de uma maneira tal, que buscou-se uma expressão mais abrangente, como é o termo “cultura”, para se referir a este movimento que vem se expandindo. Isto porque, um campo reduzido a feiras, comércios e lojas, ganhou espaço em todas as áreas da sociedade, chegando adentrar nas relações das pessoas, tornando-se elemento de identificação e definição de grupos de indivíduos. A sociedade pós-moderna, sob esta ótica, pode ser considerada uma sociedade consumista.

¹⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 75.

¹⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 21.

tempos contemporâneos, Luiz Carlos de Freitas¹⁹⁷ afirma que na ótica do sistema tudo aquilo que se mostrar duradouro, fundante, com raiz, atrasa o consumo.

Sob esse prisma do consumismo, Bauman assevera que o ser humano entra também num constante movimento de “ir às compras”, movimento esse que deixou de ser encarado como uma atividade que tinha por objetivo a aquisição de algo apenas, encerrando neste ato a sua razão de ser, visto que passou a assumir um caráter prazeroso. Diz-se isso porque a atividade de compra se transforma num prazer, uma espécie de “hobby” para uns e até “compulsão” para outros. Movimenta-se no infinito campo das possibilidades que o mercado do consumo pode oferecer.¹⁹⁸

O sociólogo Edgar Morin¹⁹⁹, por sua vez, entende que as sociedades de consumo de hoje representam também sociedades de consolo, o que não deixa de representar bem o fato deste movimento de “ir às compras” ter se tornado uma forma de passatempo no mundo contemporâneo.

Curiosamente, por outro norte, a disseminação do consumo vem demonstrando ter o condão de desencadear, em muitas pessoas, vícios, manias e quadros patológicos que se refletem em pânicos morais, via de regra provocados pela obsessão de ir às compras ou pela busca reiterada em amoldar a identidade do ser, principalmente tomando os estilos insertos nos produtos expostos ao consumo.²⁰⁰

Todavia, o ato de comprar revela-se um dos baluartes que caracterizam uma sociedade que busca, quase que incessantemente, o prazer.²⁰¹ Hoje em dia, a satisfação de sentir prazer naquilo que se faz é uma espécie de finalidade ou alvo a ser alcançado, de modo tal sintoma tem se revelado com nitidez no comportamento do homem moderno.²⁰²

Assim, o movimento do ser humano, na contemporaneidade, é partir em busca daquilo que é tido como prazer para Bauman, ou que se denomina felicidade para Baurdrillad, onde nota-se ser perceptível também nessa busca, uma espécie de clamor por mais liberdade, exatamente por se cultuar que a proporção que o homem sentir-se mais livre, ele irá se aproximar cada vez mais da felicidade. Dessa forma, o mal da estar da pós-modernidade se

¹⁹⁷ FREITAS, Luiz Carlos de. Op. cit. p. 87.

¹⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 85.

¹⁹⁹ MORIN, Edgar; PATRICK, Viveret. **Como viver em tempo de crise?** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 39.

²⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências Humanas*. Op. cit. p. 144-145.

²⁰¹ Idem. *O Mal-estar da pós modernidade*. Op. cit., p. 9.

²⁰² Vem a calhar a seguinte ponderação feita por Bauman: “[...] se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha pra viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome.” Cf. in: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Op. cit. p. 88-89.

faz presente pelo sequestro desta liberdade²⁰³, que por ventura possa impedir que o homem chegue ao alcance da felicidade ou do prazer.

O que a cultura da “busca pelo prazer”, segundo a perspectiva de Bauman, pode apresentar de riscos para o ser humano, ontologicamente considerado como sujeito, corresponde ao fato de que sua subjetividade se veja comprometida por uma mentalidade que anseia mercantilizar toda uma sorte bens e produtos, onde nem mesmo o próprio ser humano escapa à suscetibilidade de transformar-se em uma mercadoria vendável a qualquer tempo.²⁰⁴

Verifica-se que “a sociedade do consumo” tem produzido bens dotados de fugacidade²⁰⁵, de sorte que os objetos apresentados em comércio são muito pouco duráveis. Assim, exatamente nesse aspecto, a sociedade se mostra liquefeita, por tomar um corpo mais afeito ao espírito fugaz de uma substância líquida esparramada num substrato, do que a estável sob a forma de um substantivo sólido, porquanto os produtos não duram muito tempo e, facilmente, são trocados por novos que surgem a cada instante.

A facilidade na aquisição de qualquer objeto, bem como a diversidade de opções e ofertas não revela, em sua essência, algo substancialmente pernicioso ao homem; nada obstante, verifica-se que esse desenvolvimento parece estar se revelando um tanto quanto penoso para a humanidade, considerando os malefícios psíquicos e morais que a cultura consumista pode provocar na vida “dos consumidores falhos”, ou seja, aqueles que por alguma razão possam ter sido alijados do mundo da mentalidade consumista.²⁰⁶

Assim, outro ponto característico dessa sociedade de consumo é a inovação de produtos, a partir de realidades que não eram tão exploradas, como passa a ser contemporaneamente. Exemplo disso é o que acontece com a segurança, que se tornou uma espécie de produto exposto ao consumo, fato que tem influenciado ainda na transformação do estilo de vida das pessoas, tendo implicações também para o direito penal.

É que a segurança posta à venda no mercado, diariamente, expressada de formas diversas e em produtos variados, como típico efeito acarretado por uma sensação de medo que instiga a onda de punição generalizada tem levado a sociedade a consumir toda sorte de bens fabricados para oferecer mais segurança a seus consumidores.

A sensação de medo e de insegurança que fomenta a expansão punitiva se vê, portanto, refletida nesse fenômeno que vem ocorrendo, cada vez mais, com nitidez, no cenário

²⁰³ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-estar da pós modernidade*. Op. cit., p. 9.

²⁰⁴ Idem. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Op. cit. p. 76.

²⁰⁵ GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. de Sergio Faraco; com gravuras de José Guadalupe Posada. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2009, p. 100.

²⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Op. cit. p. 158.

contemporâneo, que Vanessa Maria Feletti, após realizar vasta pesquisa no assunto, denominou de “transformação do direito social à segurança em mercadoria”.²⁰⁷

É que a segurança como produto exposto à venda para consumo seria resultado da exploração feita pelo capitalismo tanto do crime,²⁰⁸ quanto da sensação de insegurança e medo, uma vez que o mercado estaria se aproveitando do cenário atual de punitivismo para desenvolver um comércio de objetos e bens, que prometam garantir segurança, de modo a extrair assim o máximo passível de lucratividade.²⁰⁹

Isso porque pessoas inseguras e com medo gastariam dinheiro para adquirir um produto capaz de suprir essa dificuldade fortemente difundida no cenário contemporâneo. Para esclarecer o que se descreve até então, cabe transcrever um breve trecho extraído do pensamento de Feletti:

[...] a reinserção do capitalismo no controle penal, não apenas como modo de produção beneficiário do adestramento e controle dos corpos (a violência institucional garantindo a violência estrutural), mas tendo como objetivo principal a atuação como empresas capitalistas que visam ampliar o lucro. [...] na nova fase do capitalismo o espaço presídio, e depois o mercado de segurança privada tendo como clientes outras empresas, passa a ser visto como um local de geração do lucro, ideia que se expande e culmina na transformação do direito social à segurança em mercadoria”.²¹⁰

Ao que parece, a expressão “transformação de um direito em mercadoria” procura se reportar ao fato de que aquilo que se conhece por segurança pública passa por uma acentuada influência do mundo consumista, de tal maneira que tem se tornado mais um típico produto, que é posto à venda, fato que ainda tem desembocado numa espécie de “venda por segurança”.²¹¹

Esse mesmo fenômeno parece ter sido também percebido por Zygmunt Bauman, quando faz menção aos “usos comerciais do medo”, por certo para aludir à possibilidade de se utilizar aquilo que esse autor denomina como “capital do medo”, para alimentar diversos tipos de lucros, que na visão do sociólogo pode variar do campo comercial ao campo político.²¹²

A reflexão de Bauman parece sugestiva no cenário contemporâneo, haja vista que tem se revelado comum a apropriação dos discursos do medo e da insegurança para fomentar vendas de produtos que prometem a proteção pessoal, de forma que propagandas com esse cunho tem seduzido a população, que não raras vezes adquire o produto em troca de uma

²⁰⁷ FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança**: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 105.

²⁰⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Op. cit. p. 49.

²⁰⁹ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 105.

²¹⁰ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit., p. 105.

²¹¹ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 119.

²¹² BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 187-188.

sensação de estar seguro, dado à proteção, que segundo a propaganda, seria alcançada com o uso daquele produto, senão vejamos as palavras desse autor:

Assim como o dinheiro líquido disponível para investimentos de todo tipo, o ‘capital do medo’ pode ser transformado em qualquer tipo de lucro político ou comercial. É isso mesmo. A segurança pessoal tornou-se muito importante, talvez o argumento de venda mais necessário para qualquer estratégia de *marketing*. [...] A exposição das ameaças à segurança pessoal é hoje um elemento determinante na guerra pelos índices de audiência dos meios de comunicação de massa (incrementado assim o sucesso dos dois usos, político e mercadológico, do capital do medo). [...] ²¹³

Fato curioso a se declinar atenção diz respeito às possibilidades de exploração desse “capital do medo”, que parecem ser infinitas. Basta analisar as diversidade ofertas e possibilidades de se encontrar produtos, nas mais variadas áreas, que prometem mais segurança aos consumidores.

Vale transcrever o relato minucioso elaborado por Felletti ²¹⁴ acerca dos diversos produtos de proteção pessoal que hoje em dia são encontrados no mercado, conforme denuncia o trecho abaixo transcrito:

É assim que, para conviver com o perigo constante, da mesma forma que se faz em uma guerra, passa a ser necessário se armar, afinal é função do particular garantir a própria proteção, conforme estudado na Teoria da prevenção situacional da delinquência. Eis o novo espaço a voraz expansão do capital: chip de localização para carros, cachorros e tables; cercas elétricas; alarmes; GPS no celular dos filhos; blindagem de automóveis; identificação do DNA; seguros de vida, da casa e do carro; guarda-costas; software de identificação facial para *tablets*, celulares, acesso a residências e empresas; vídeo-monitoramento de ruas, condomínios e até dentro de casa; fechaduras que se abrem por impressão digital; spray de pimenta; armas elétricas para uso pessoal; bonecos infláveis para mulheres que dirigem a noite sozinhas, etc. São apenas exemplos da expansão do capital a partir do uso dos jovens pobres favelados representados como traficantes para gerar medo pela midiática maximização da violência.

Denota-se, pois, que são inúmeras as possibilidades de expandir os produtos que comportam em si “o produto segurança”. Revela-se curioso perceber que, diante de todos os objetos elencados pela autora; vislumbra-se, que atualmente uma característica incomum perpassa os produtos apresentados, que é a utilização destes objetos nas atividades mais simples e cotidianas das pessoas. Trata-se de ações ou objetos ligados à rotina diária dos indivíduos. Muitos desses produtos, aliás, não são objetos para serem utilizados esporadicamente, mas sim algo que acompanha os indivíduos em atividades corriqueiras.

Assim, se mostra razoável acentuar que os discursos do medo e da insegurança invadiram a vida da população de tal maneira que urge, no cotidiano, proteger-se em meio à execução de tarefas simples, ou desenvolver mecanismos de segurança para os mais inusitados objetos que o ser humano possa deter.

²¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na cidade*. Op. cit. p. 55.

²¹⁴ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit. 137.

Dessa forma, como a demanda por punição é generalizada, tanto aqueles abastados financeiramente podem fazer uso dos produtos que demandem um custo maior, quanto os mais desfavorecidos acabam desenvolvendo seus próprios métodos de proteção pessoal, como, por exemplo, cacos de vidros, cimentados em riste, em muros residenciais, fios elétricos expostos e descascados em telhados, entre outras “armadilhas” criadas pelas pessoas, para se defenderem de possíveis assaltantes.

Seguindo essa esteira, calha mencionar a linha de pensamento perfilada por Felletti²¹⁵, quando procura explicar como essa sensação de medo contribui para a transformação da segurança em mercadoria:

[...] Esse medo difuso que nos estreita por todo canto é a fonte da necessidade para se consumir produtos e serviços de segurança, o que se transformou em um dever do cidadão (teoria da prevenção situacional de delinquência), e que serve como pressuposto para que o capital transforme o direito social à segurança em mercadoria[...].

Tal panorama demonstra que os discursos da proteção, bem como da sensação de insegurança que perpassa a sociedade, atingiram uma dimensão tal, que se acham expressos, justamente, nessa necessidade de as pessoas, hoje em dia, precisarem se aparelhar desses novos objetos em suas ações mais simples e cotidianas, para então se sentirem protegidas e seguras, de modo que a sociedade passa a ser alimentada de violência, sem perceber, por meio do uso de objetos, que não são tão impactantes quanto uma arma ou coisa do gênero.²¹⁶

Adiante, Felletti faz um breve relato ainda, quanto às possibilidades de se explorar a lucratividade, a partir da sensação de insegurança e medo, dentro de um “nicho de mercado” muito específico que é a própria penitenciária, onde se afigura perceptível que as oportunidades de lucro movimentam diversos tipos de indústrias, senão veja-se:

[...] não apenas o aluguel da vaga na penitenciária constitui possibilidade de lucrar com a execução da pena, mas todo o processo de execução da pena em si, indo desde a construção do presídio, a gestão do estabelecimento penal, o fornecimento de comida, uniformes e equipamentos de segurança, controle dos detentos por agentes privados, transporte de presos, como também a possibilidade de exploração da força do trabalho do preso, a qual não foi excluída, além do fornecimento de tecnologia e equipamentos para o monitoramento dos presos em liberdade condicional, *sursis* ou liberdade provisória através de pulseiras ou tornozeleiras eletrônicas, como alguns exemplos dessa indústria.²¹⁷

As possibilidades de confecções de produtos que tragam em si segurança aparentam ser quase infinitas. Assim também parecem ser as oportunidades para se valer dos discursos da “busca por segurança”, para vender os produtos que a asseguram, fato que oferece margem

²¹⁵ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 124.

²¹⁶ FELLETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 127.

²¹⁷ FELTTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 109.

para que o estilo de vida das pessoas passe por certa modificação, ganhando destaque, neste fenômeno, o papel dos meios de comunicação, na tarefa de tanto disseminar a sensação de insegurança, como também de lucrar com esse cenário de insegurança.

Para Bauman²¹⁸, a exploração consumerista da segurança fez com o marketing voltado a essa seara também crescesse consideravelmente, haja vista que com a disseminação do medo, a prometida “segurança”, tal qual um produto, insurge de forma acentuada, precisando ainda atender a todos os tipos de demanda que brotam da sociedade.

A via publicitária, através dos meios de comunicação de massa, tem-se revelado uma estratégia fecunda, para que através da sensação de medo e insegurança, diuturnamente dissipada pela constante publicidade sensacionalista, se possa lançar também os possíveis meios e saídas encontradas para lidar com as situações que denotam incômodos e perigos para a população.

Os meios de comunicação de massa, segundo entende Zaffaroni²¹⁹, sabem bem como manipular a notícia, além de possuírem uma enorme capacidade de reproduzir a violência da forma mais cruel e chocante possível, fato que tem o condão de gerar uma indignação moral na sociedade, a qual, passando a sentir-se insegura, passa a preocupar-se com a criação de meios, para reverter o quadro de perigos e inseguranças. Desperta ainda um sentimento de vingança privada, consoante registra Luís Flávio Gomes, ante a descrença da população em respostas estatais que possam livrá-las de tais problemas.²²⁰

Esse sentimento de insegurança, ao tempo em que aguça a violência privada²²¹, faz os cidadãos se preocuparem com a criação de mecanismos de proteção, para combater os “males” que os circundam, daí a necessidade de se socorrer ao emprego de cercas elétricas, uso de carros blindados, residências gradeadas, entre outras formas criadas pela população, a partir dos meios e engenhosidades que dispõem, para não se submeterem à violência, que, diuturnamente, acomete o público e se vê difundida pelos *mass media*.²²²

Diante dessa realidade, revela-se forçoso questionar até onde a promessa, inserida nos produtos de segurança postos à venda, pode corresponder às expectativas geradas neles, no

²¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Op. cit. p. 10.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª ed., Janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010, p. 131.

²²⁰ GOMES, Luiz Flávio. Mídia, direito penal e vingança popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2171, 11 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12956>>. Acesso em: 28 jul 2015.

²²¹ FELETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 127.

²²² SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, ano 20, nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 363-382, jan./fev. 2012, p. 370.

sentido de garantir, realmente, o resultado que o consumidor espera e até que ponto a proteção, por meio desses produtos, afigura-se, de fato, necessária, haja vista existir uma hipótese, nem tão remota assim, de que tal fenômeno se veja alimentado, principalmente, por um panorama (se não criado, mas, ao menos, estendido em maior escala) para desbravar um novo nicho de mercado, onde a comercialização de produtos, dado a sua natureza, fomentaria muito mais a sensação de insegurança (considerando as infinitas possibilidades de confecção de instrumentos, para apaziguar o imaginário coletivo de insegurança e medo) do que ofertaria concretamente, segurança e proteção.

Com base nas reflexões de Feletti,²²³ pode-se chegar à ilação de que a venda por segurança acaba criando um nicho de mercado, onde a exploração revela-se sem fim, senão veja-se:

Além da lógica do fetiche da mercadoria, a transformação do direito social à segurança em mercadoria também atende ao que é chamado pela teoria econômica de obsolescência programada, pois logo é necessário trocar o produto adquirido por outro atualizado para se manter seguro, garantido nova venda pelo mercado.

De toda maneira, o fato é que, entre tantas modificações por que passa a sociedade, tem-se verificado a mudança acarretada pela sensação de medo e insegurança, que acomete o público, uma vez que a utilização desses produtos e até mesmo o anseio em adquiri-los ou detê-los inseridos em simples equipamentos ou em estabelecimentos tem acarretado mutações na forma das pessoas se relacionarem e quando menos, tem colaborado ainda para fazer nascer nas pessoas o pensamento de que todos precisariam adquirir algum tipo de material, que garanta a segurança, pelo fato de ser uma “necessidade” dos tempos modernos.

Garland, refletindo acerca dessa temática, chama atenção para o crescimento dos novos hábitos desenvolvidos pela população para fazer frente, justamente, aos perigos e medos que a circundam:

Pessoas comuns adquiriram seguros e dispositivos de segurança. Instalaram fechaduras e trancas para as portas e janelas, introduziram interfones nas portarias dos edifícios e alarmes e rádios removíveis em seus automóveis. [...] Passaram a gastar tempo trancando portas, ocultando bens de valor, ligando e desligando alarmes, deixando as luzes acesas nas casas vazias, não abrindo porta para estranhos, limitando a quantidade de lixo que deixam nas calçadas e restringindo severamente sua conduta em lugares públicos, por meio de chamar atenção para si próprios como vítimas em potencial.²²⁴

Revela-se útil pontuar que não são poucas as famílias que recorrem à moradia em condomínios fechados, normalmente afastados da cidade, na busca de alcançar uma vida mais serena e calma. É bem verdade que, hoje em dia, sobretudo nas cidades mais violentas, tal

²²³ FELLETTI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 142.

²²⁴ GARLAND, David. Op. cit. p. 343.

situação acontece reiteradamente, demonstrando ser a saída encontrada por aqueles que detenham condição para tanto, de fugir da violência e criminalidade urbana.

Dessa maneira, as pessoas que tem condições financeiras para tanto, acabam aplicando seu dinheiro para ter acesso ao usufruto de lazes mais simples da vida, como poder sair de casa com segurança, fazer uma caminhada, sentar numa praça.

Segundo David Garland²²⁵, a arquitetura e engenharia na modernidade vêm construindo aquilo que ele denomina de “comunidades fechadas”, fenômeno que tem crescido, haja vista o refúgio, cada vez mais crescente, de pessoas para a vida em pequenas comunidades, normalmente, afastadas da grande cidade.

O mesmo cenário foi percebido por Bauman²²⁶, ao asseverar que muitas construções de prédios e residências são realizadas hoje em dia, com o fito de afastar os eventuais “estranhos” e “excluídos” que possam se aproximar desses locais. Vislumbra-se, portanto, que essa arquitetura de medo significaria um reflexo das novas formas encontradas de se garantir segurança, afastando-se os potenciais indivíduos indesejados, consoante assinala o autor:

A insegurança ambiente concentra-se no medo pela segurança pessoal: que por sua vez aguça ainda mais a figura ambígua e imprevisível do estranho. Estranho na rua, gatuno perto de casa.... Alarmes contra assalto, bairros vigiados e patrulhados, condomínios fechados, tudo isso serve ao mesmo propósito: manter os estranhos afastados. A prisão é apenas a mais radical dentre muitas medidas – diferente do resto pelo suposto grau de eficiência, não por sua natureza. As pessoas que cresceram numa cultura de alarmes contra ladrões tendem a ser entusiastas naturais das sentenças de prisão e de condenações cada vez mais longas. Tudo combina muito bem e restaura a lógica ao caos da existência.²²⁷

Esse refúgio alimenta uma indústria privada que, cada vez mais, tem se especializado em vender produtos de segurança (segundo Garland, é como se as empresas privadas tivessem tomado para si o poder de administrar o crime, em virtude de uma insuficiência da aplicação pública da lei)²²⁸, que passam desde simples objetos materiais até outras empresas que se especializam em veículos de proteção ou de venda de imóveis que se situam ou são contornados por um forte aparato de segurança, a qual possibilita a vida pacífica àqueles que se encontram inseridos em círculos de determinadas classes sociais.

É lugar comum ainda que alguns moradores se reúnam e consigam autorização perante o Poder Público Municipal para fechar suas ruas e instaurar guaritas, contratando empresas que prestam serviços de segurança privada (as quais vem crescendo cada vez mais), disponibilizando, na prestação de seu serviço, de vigilantes, mecanismos de alarmes, sistemas

²²⁵ GARLAND, David. Op. cit. p. 344.

²²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Op. cit. p. 36-40.

²²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências Humanas*. Op. cit. p. 131.

²²⁸ GARLAND, David. Op. cit. p. 341.

de proteção e controle, entre outras prestações que podem ser oferecidas, para o bem estar dos que empreendem essa nova forma de lograr alcançar a segurança.²²⁹

Diante desse panorama, o que se afigura, de fato, assaz preocupante para o sistema penal como um todo, é que a sociedade, embalada por essa onda de punitivismo, bem como amedrontada pelos medos contemporâneos, se acostume em aparelhar-se com esses novos produtos e formas encontradas de defender a si própria, a ponto de querer não apenas “se defender” de possíveis crimes, mas ir além, ou seja, já se projetando de forma proativa em relação ao combate à criminalidade. Agindo dessa maneira, a sociedade acaba ocupando, tanto o lugar do Estado, no desempenho dessa função, quanto expressando uma nova de vingança privada, eis aí o maior risco da disseminação dos produtos que “garantem” segurança.

Assim, atribuir o poder à sociedade de “defender-se” dessa maneira, em tempos de acentuada onda por punição, pode fomentar novas formas, nem tão implícitas, da vingança privada manifestar-se, fato que implicará, mais dia, menos dia, a própria falência da atuação do Estado, por meio do sistema penal, uma vez que a sociedade já teria desenvolvido outros meios de solucionar seus conflitos e afastar tudo aquilo e aqueles que lhe incomodam.

É importante refletir até que ponto a população poderia executar essa tarefa, sem ofender os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos capturados com as engenhosidades desenvolvidas para segurança privada, bem como até onde iria a legitimidade da própria sociedade de executar funções que são confiadas, eminentemente, aos Poderes Públicos.

A correspondência aos clamores por mais punição pode favorecer o crescimento da indústria privada da segurança, fenômeno que, consoante se percebeu, tem cada vez mais aparecido no cotidiano, posto que a sensação de medo e insegurança que perpassa a sociedade vem sendo apaziguada com os produtos e comodidades oferecidas pelas empresas que tem se especializado na venda e ofertas de produtos/serviços que prometem deixar a população mais segura.

Ademais, para além de influenciar no campo da segurança especificamente, o movimento do consumismo, numa acepção macro, redundou na ânsia de consumir, que atinge diversos setores do globo.

Nada obstante, ao que parece, o crescente progresso no âmbito do consumo não fora acompanhado de uma percepção, por parte do próprio ser humano, quanto a possíveis limites

²²⁹ FELLETI, Vanessa Maria. Op. cit. p. 64.

ou formas de se relacionar e utilizar as novidades que foram surgindo na modernidade, no sentido do sujeito preservar-se em relação aos objetos, resguardando sua identidade, sem deixá-la vulnerável ou fácil de sofrer manipulações pela cultura consumista, bem como respeitando os limites desse uso, mormente quando possam atingir a vida de terceiros.

3.6 O surgimento da Expansão Punitiva na contemporaneidade

Descritos os caracteres que tracejam a contemporaneidade, delimitadores, portanto, do que vem se tentando compreender por cenário pós-moderno, é necessário pontuar que eles se mostram responsáveis por desencadear mudanças relevantes para o estudo do direito como um todo, haja vista que como fenômeno cultural encontra-se ligado à sociedade, de modo que o universo das normas jurídicas tende a passar por modificações ou reagir diante da ocorrência de determinados fatos no meio social.

Um estudo que se proponha analisar o expansionismo punitivo não pode descuidar desses caracteres que delineiam a sociedade contemporânea, exatamente porque muitas das percepções que foram extraídas do tecido social até então, são algumas, senão as principais, que se encontram enraizadas no clamor pela aplicação cada vez mais constante do direito penal, mediante uma forma repressiva e punitiva.

Ante uma pós-modernidade, que, via de regra, vê-se delineada por uma zona de incerteza, o direito, especialmente o direito penal, é encarado como uma espécie de instrumento de socorro, a fim de combater as mazelas sociais, em especial apaziguar a sensação de medo e insegurança que assombra grande parcela da sociedade. Reivindicações se insurgem, no sentido de criminalizar condutas, até então estranhas à tutela penal, bem como intensificar o uso de sanções penais, para os agentes delitivos.

A intensificação da pena para os adolescentes, de certa forma, reflete como a sociedade vislumbra o uso da sanção penal como a primeira saída encontrada para se ver livre da ameaça, por vezes projetada em tais indivíduos. Diante das incertezas na segurança pública, bem como o medo que tais infratores podem desencadear na sociedade, a pena é vista como o meio mais eficaz para conter esses agentes.

Nada obstante, a mesma sociedade clamante por mais punição, parece desconhecer que os adolescentes que praticam condutas lesivas à sociedade ou a uma vítima de *per si* não ficam impune no cenário pátrio, uma vez que, muito embora não comentam, juridicamente, um crime, porquanto, segundo a Constituição (art. 228, CF) não são inimputáveis, praticam, segundo a Legislação Especializada n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente –

ECA), ato infracional (art. 103), sendo submetido ao Estado, a fim de serem responsabilizados e receberem o tratamento, consoante a sua condição de pessoa em formação.

Ora, reporta-se a tal fato não com vistas a defender a necessidade ou não da redução da maioria penal, mas para aludir à presença, nesta discussão, de dois caracteres importantes da sociedade contemporânea, os quais são responsáveis por configurar o fenômeno da expansão punitiva e que se acham presentes no caso da redução da maioria penal. Fala-se, aqui, do recurso ao direito penal, como primeiro instrumento para combater as ameaças sociais, bem como da discussão superficial em torno de temas delicados ao corpo social, já que a sociedade, tanto parte do princípio de que as crianças e adolescentes não seriam responsabilizados por seus atos, quando na verdade o são (só que de uma maneira diferente dos maiores de 18 anos), como também desconhece outras normas que gravitam em jogo da discussão entre “punir” ou “não punir”.

Essas circunstâncias refletem, concretamente, uma sociedade que tem fundado suas opiniões em torno de uma literatura de baixa densidade crítica. Assim, não raras vezes, debates que deveriam adentrar em temas profundos nessa seara, ficam gravitando em torno ou a partir de visões fragmentadas tanto do direito penal, quanto do problema que esteja se discutindo.

Revela-se curioso que conquanto se busque a intervenção penal para lidar com problemas que surgem diuturnamente, o conhecimento fragmentado e, portanto, deficiente acerca do direito penal, fruto de uma sociedade contagiada por uma literatura de baixa densidade crítica, conduz a compreensão deste ramo do direito de uma forma equivocada.

Concebe-se o direito penal sob uma forma que parece pretender utilizá-lo para conter muitos males, exatamente por ser um ramo que detém as sanções mais rígidas do ordenamento Jurídico, como se tal seara do direito comportasse apenas a sanção penal em seu bojo, ou a carregasse consigo de forma desgarrada com outras normas que a balizam e até mesmo legitimam sua aplicação, consoante aduzido no capítulo anterior.

Nada obstante, mostram-se típico do cenário atual anseios populares que gravitam em torno de reivindicações por políticas e estratégias criminais “mais duras”, por que seriam aptas a conter a criminalidade e diminuir a sensação de medo e segurança, como a discussão em torno da redução da maioria penal demonstra ser uma delas.

Destaca-se, nesse cenário, o movimento por “lei e ordem” ²³⁰ –, abordado no próximo capítulo desta pesquisa –, que costuma direcionar a aplicação do direito penal rumo a um recrudescimento da legislação criminal. ²³¹

Sem destoar do fenômeno expansivo-punitivo, vislumbra-se ainda que a própria lei penal parece ter se tornado mais um objeto, passível de consumo por uma sociedade que aparenta fazer uso dessa modalidade de legislação para lidar com situações intrigantes de seu cotidiano.

Dessa forma, caso tal saída não venha surtir os efeitos almejados, ao invés de se tornar um produto descartável como os demais, a lei acaba se somando a tantas outras que já vigem no sistema jurídico, aí se acomodando, de modo a inflar ainda mais o número de leis penais que só cresce no Brasil, mormente nas últimas décadas.

Nessa quadra, revela-se oportuno destacar que o imediatismo tão em voga no cenário moderno se faz presente também, por exemplo, na busca por mecanismos ou respostas que possam conter as ameaças e amenizar a sensação de medo e insegurança. Veja-se a reflexão de Bauman ²³², a respeito desta temática:

Os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – ‘doses rápidas’, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante de qualquer solução que não consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados.

Constata-se, portanto, que nem mesmo a seara jurídica escapa ao imediatismo, que particulariza a sociedade moderna, consoante afirma Alexandre Rosa ²³³; isto porque, diariamente insurgem propostas, oriundas do seio popular, no sentido de punir não só com mais rigor, mas também de forma mais rápida, o que se reflete no intento em acelerar procedimentos inerentes à investigação criminal ou até mesmo em procedimentos de acusação penal, para torná-lo, cada vez mais instantâneo.

Nesse sentido, caminha a lição de Auri Lopes Júnior ²³⁴, quando acentua que a aceleração nos procedimentos e uso dos institutos penais podem ser utilizados, de tal maneira,

²³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12-18.

²³¹ GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10768>>. Acesso em: 7 fev 2015.

²³² Ibidem, p. 149.

²³³ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 32.

²³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

a ponto de atropelar, inclusive, direitos fundamentais do cidadão, que responda a um processo-crime, por exemplo, se não veja-se as palavras do citado autor:

Estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está acostumada ao instantâneo). Isso, ao mesmo tempo em que desliga do passado, mata o devir, expandindo o presente. Desse presenteísmo/imediatismo brota o *Estado de Urgencia*, uma consequência natural da incerteza epistemológica, da indeterminação democrática, do desmoronamento do Estado social e a correlativa subida da sociedade de risco, a aceleração e o tempo efêmero da moda.

Em verdade, a desejada aceleração nos procedimentos criminais tão-somente denuncia um fenômeno macro, do qual a pressa em punir representa uma centelha; fala-se aqui do expansionismo punitivo, fenômeno marcado por sintomas que demonstram o anseio da população em expandir a utilização do aparato coercitivo estatal, a fim de endereçá-lo para cuidar tanto de bens jurídicos estranhos à tutela penal, quanto para intensificar ainda mais a punição para condutas que o direito penal já tem por tradição proteger.

Por outro vértice, urge acentuar que a projeção da aceleração, oriunda dessa sociedade contemporânea para fins que o direito penal costuma lidar, nem sempre se adequa às idiossincrasias já consolidadas no mundo jurídico, razão pela qual, por vezes, não acarreta os resultados esperados pela população, quando decidem endereçar certas mudanças para o Sistema Penal adotar, as quais, muitas vezes, acabam indo de encontro aos direitos e garantias já sedimentados no ordenamento jurídico, sintoma já percebido pelos estudiosos desta matéria:

[...] certamente que a velocidade não é compatível com as necessidades cognitivas da dimensão do saber e muito menos com o respeito à dignidade humana. [...] Portanto, é necessário encontrar-se um ritmo que seja compatível com os direitos fundamentais do acusado.²³⁵

Nessa senda, cabe fazer referência ao fato de que a solução “rápida” nem sempre se revelará a mais acertada para solucionar determinado problema, haja vista a possibilidade de se criar efeitos colaterais, decorrentes, justamente, da correspondência aos clamores punitivos dessa expansão, consoante se vislumbrará na terceira parte deste trabalho.

Calha acentuar que a aceleração social do mundo contemporâneo também se faz sentir quando se discute a redução da maioria penal, pois, ao que parece, a proposta em apresentar a via da punição como medida a ser implantada para solucionar o problema da criminalidade praticada por crianças e adolescentes demonstra ser acelerada, a mais rápida possível, não a mais cogitada ou refletida, pois, inserto em tais propostas, por vezes, existe um

²³⁵ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit. p. 34.

receio em se pensar outras medidas, que possam levar ao alcance desse resultado, que não por meio da pena, ou que, ao menos, reflita, de forma ampla (levando em consideração a densidade e variedade dos temas envolvidos), antes da adoção da medida punitiva colimada, os possíveis efeitos que o uso das sanções penais pode acarretar, sobretudo em se tratando de adolescentes.

Nesse particular, já se mostra possível enxergar porque se revela necessário adentrar em fatores sociais, como é o caso da aceleração que perpassa o comportamento das pessoas, hoje em dia, bem como o uso e acesso de uma literatura *light* para ajudar na compreensão de casos delicados e construção de soluções para problemas atuais, a fim de melhor compreender determinados fenômenos que também interessam ao mundo jurídico.

Diz-se isso porque a expansão punitiva carrega em seu bojo, exatamente, a marca de uma sociedade acelerada, em constante movimento, de modo que se encontrando amedrontada, dado à percepção de riscos e incertezas, clama pela confecção de novos métodos para combater os males modernos; acontece, porém, que tal dinâmica nem sempre tem a mesma velocidade de se proceder no campo jurídico, conforme se vislumbrará adiante, sobretudo porque, tanto o direito penal, por vezes, não corresponde ao que se cogita dele, quanto porque existem também direitos e garantias fundamentais, verdadeiros limites ao uso do aparelho punitivo estatal, que merecem ser sopesados, frente à demanda social por punição.

Por tal razão, revela-se necessário reconhecer, desde o início, como o estudo em torno dos fatores sociais pode contribuir para melhor compreender temas que o mundo do direito tem se debruçado também em compreender.

Vislumbrar-se-á que o tema da expansão punitiva funciona como ponto de partida para a análise de importantes fenômenos que interessam à seara penal, razão pela qual, tomando por atenção o objetivo do presente trabalho, irá se investigar como os fundamentos do direito penal podem limitar a utilização do *Jus Puniendi* Estado, endereçado tão-somente a corresponder aos anseios de punição, descuidando-se dos efeitos que geram em paralelo.

Ademais, consoante o que se expôs neste capítulo, a pesquisa deste trabalho investiga a expansão por punição que surge dessa sociedade (que se mostra contornada por características que a torna líquida, consoante o sentido explicado liminarmente) procurando compreender a relação que as características inerentes a essa modernidade mantêm com o expansionismo punitivo, haja vista que tal fenômeno encontra suas raízes ou é influenciado por caracteres muito próprios dessa modernidade.

Uma vez descritas as principais características que demarcam a pós-modernidade, mormente aquelas que trarão consequências relevantes à seara do direito penal, consoante o marco eleito para servir de apoio e fixar o ponto de partida deste trabalho, esclarece-se que o próximo capítulo terá por intuito configurar qual tipo, bem como o que significa a expansão punitiva eleita para se problematizar, tencionando compreendê-la mediante contornos mais nítidos.

4 A CONFIGURAÇÃO DO EXPANSIONISMO PUNITIVO NA MODERNIDADE LÍQUIDA

“A gente precisa de um super-homem que faça mudança imediata.”
(GOMES, Edson)

4.1 Delineando a expansão punitiva intensiva na Modernidade Líquida

Consoante ressaltado no capítulo anterior, a crescente demanda por punição²³⁶, que insurge, cada dia mais, de maneira quase que uníssona no meio social, encontra seu nascedouro, ou quando menos, seu reforço, nas situações identificadas na liquidez que caracteriza a sociedade contemporânea.

Analisar-se-á, no capítulo que ora desponta, os respectivos reflexos que as características da sociedade hodierna projetam na configuração de um clamor em se buscar mais a utilização da justiça criminal, como instrumento a conter as situações de perigo que mais incomodam a sociedade, de maneira específica, a criminalidade de massa.²³⁷

Ter-se-á, por vislumbre, que a cultura da modernidade líquida, acentuadamente imediatista, de tão arraigada que se encontra no meio popular, vem projetando seus reflexos no meio jurídico-legislativo, uma vez que aguça os cidadãos, quando esses se confrontam com problemas que por ventura os assustem no dia a dia, a ansiarem por uma resposta rápida, supostamente eficaz e que afaste de uma vez por todas uma situação ou pessoa de risco ou perigo para a sociedade.²³⁸

Noutro giro, o contato com a literatura *light* (no sentido empregado por Vargas Llosa, e trabalhado no capítulo anterior) bem como a visão disseminada de que a realidade é simples,²³⁹ colabora para que o público não formule um juízo crítico mais profundo acerca de temas complexos que surgem no cotidiano, fazendo com que muitos reclamos sociais por mais punição não toquem as verdadeiras raízes da criminalidade ou não se atenha a uma abordagem mais ampla de problemas que atingem a sociedade como um todo.

Perceber-se-á que a mentalidade consumista instiga a população a ansiar pela edição de uma nova lei, tal como anseia por compras do dia a dia, cenário que reflete a cultura

²³⁶ BOLDT, Raphael. Op. cit., p. 103.

²³⁷ WEBSTER, Cherly Marie. Caderno CRH n.1 (1987). **Limites da Justiça: o papel do sistema de justiça criminal na redução do crime**. Dossiê: Violência, Criminalidade e Justiça. Eduardo Paes Machado. (Org.) Salvador, Centro de Recursos Humanos/ UFBA, 2006. V. 19, n. 47. Maio-Ago. 2006

²³⁸ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit., p. 32.

²³⁹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 192.

imediatista e acelerada, apta a suprir necessidades de forma instantânea, que no caso específico da ânsia por punição, seria sentir-se seguro em um rápido lapso de tempo.²⁴⁰

É sob esse cenário que o Direito – de maneira específica o direito penal – passa a assumir certo protagonismo, exatamente por ser o ramo jurídico que, via de regra, é encarado na contemporaneidade como primeiro instrumento, apto a conter as situações que apresente maior probabilidade de lesionar direitos dos cidadãos.²⁴¹

A lembrança desse ramo jurídico tem se tornado cada vez mais presente. Exemplo disto são os assuntos que gravitam em torno do direito penal, que, por vezes, ocupam lugar de destaque nos jornais televisos e nas manchetes virtuais, de sorte que é lugar comum as reivindicações pela criminalização de condutas, a fim de coibir determinados atos lesivos, até então estranhos aos cuidados da seara penal, como também se tem assistido a clamores por mais punição ou punição mais rígida, dura e/ou acentuada para delitos que o direito penal tem por tradição e costume tutelar.²⁴²

Nesse norte, o que a doutrina penalista tem, normalmente, definido como expansão do direito penal²⁴³, segundo anota Silva Sánchez, não é outra coisa senão um movimento, onde se vislumbra o endereçamento de novas situações de riscos e perigos que acometem a população para o direito penal, a fim de que este ramo jurídico, principalmente mediante a criminalização de determinadas condutas (perspectiva extensiva) ou por meio do recrudescimento do tratamento penal (perspectiva intensiva), possa conter e até mesmo gerir problemas sociais contemporâneos.²⁴⁴

Paulo Silva Fernandes verifica que ao longo das últimas décadas, bens jurídicos que não eram tutelados pelo direito penal passaram a ser, de forma que condutas outrora praticadas, que ofereciam margem para aplicação de sanções de natureza cível ou administrativa vieram, a partir de sua positivação como tipo penal, possuir também uma correlação com uma sanção desta natureza.²⁴⁵

Assim, os institutos do direito penal, ao longo dos últimos anos, na legislação brasileira, passaram a ser mais acionados, uma vez que novas criminalizações de condutas foram transportadas para o bojo da seara criminal. Cite-se, como exemplo, a proteção do meio

²⁴⁰ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit. p. 31-34.

²⁴¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 87, ano 18, p. 305.

²⁴² SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 53.

²⁴³ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. Op. cit. 235-236.

²⁴⁴ SANCHÉZ, Jesús Maria Silva. Op. cit. p. 235-236.

²⁴⁵ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns Problemas Comuns. Almedina: Portugal, 2001, p. 15.

ambiente, o sistema financeiro e tributário e até mais modernamente propostas pela criminalização em torno de fenômenos como os movimentos sociais, o *bullying*, etc.

De todo modo, é necessário advertir, inicialmente, que o tema “expansão do direito penal”, explorado nas mais atuais revistas e obras literárias jurídicas, passou a ser encarado com maior amplitude, vindo a obter ramificações²⁴⁶, consoante registra Silva Sánchez, haja vista que esse movimento não se encerra apenas numa perspectiva extensiva (criminalização de novas condutas e proteção de novos bens jurídicos para o direito penal), pois se verifica ainda a perspectiva intensiva (voltada ao recrudescimento de penas, para a proteção de bens jurídicos que o direito penal já costuma tutelar), perspectiva que ora se procura focar para análise nessa dissertação, a fim de se verificar os efeitos gerados a partir desta.²⁴⁷

A expansão intensiva do direito penal aproxima-se de um fenômeno aludido por Silva Sánchez, que vem sendo difundido nos Estados Unidos, denominado de *Overpunishment*, o qual visa, exatamente, o incremento de penas de delitos que já são pertencentes ao núcleo do direito penal.²⁴⁸

Se a expansão do direito penal em seu perfil extensivo tenciona trazer para o campo deste ramo, bens jurídicos que essa seara não tem por tradição proteger; a expansão intensiva, por seu turno, se qualifica pelo intento de recrudescer a aplicação da lei penal, no sentido de não descaracterizar determinada conduta – como passível de acarretar uma pena, para quem a pratique – mas sim modificá-la de tal maneira, que não saia das raias do direito penal, mas passe a ter um tratamento mais severo²⁴⁹, no sentido de se recrudescer as modalidades de sanções jurídicas, as quais – diga-se de passagem – já são concebidas como as mais graves do ordenamento jurídico.

²⁴⁶ O jurista Luciano Anderson de Souza apresenta as diversas teorias expansionistas do direito penal e suas tendências modernas. In: SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit. p. 53-71.

²⁴⁷ Consoante se vislumbra da obra de Silva Sánchez, a expansão do direito penal pode se espraiar-se numa perspectiva extensiva, como também numa dimensão intensiva. Nesta perspectiva, sob um ponto de vista intensivo, a expansão passa a operar em condutas que o direito penal já criminaliza, agindo este ramo com maior intensidade, cite-se, por exemplo, o aumento das margens penais para delitos já tutelados pelo direito penal, a redução de garantias, a fim de tornar a pena mais dura e rígida, o próprio recrudesimento de sanções que são modificadas de um menor, para um maior viés punitivo. Na outra perspectiva, o direito penal expande-se em um sentido extensivo, a fim de criminalizar novas condutas, até então não positivadas na legislação como tipos penais, trazendo para o raio de abrangência deste ramo do direito, novos bens jurídicos. SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria. Op. cit. pp. 235-236.

²⁴⁸ HUSAK, Douglas. **Overcriminalization. The limits of the Criminal Law**. Oxford: New York, 2008, p. 03. *Apud*. SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria. Op. cit. 220-221.

²⁴⁹ Cite-se a título de exemplo, o bem-jurídico da vida, que uma vez lesado por uma conduta homicida, historicamente, sempre fora correspondido por uma sanção de natureza penal; nada obstante, o que, por hora, se chama atenção é que o clamor social punitivo contemporâneo deseja uma regulamentação mais rígida para lesões deste jaez, onde a pena privativa de liberdade já não é vista como suficiente, sendo necessário, portanto, uma punição mais dura, como a pena de morte, por exemplo.

Nesse horizonte, não se deve olvidar o crescente número de legislações penais²⁵⁰, como já aludido no limiar deste capítulo, que foram criadas para proteger bens jurídicos, que até então, o direito penal não era chamado a tutelar, de maneira tão incisiva, cite-se, a título exemplificativo, aquelas que surgiram a partir da década de 90, tais como a Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), a Lei que define os crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/91), a Lei dos crimes contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/98), a Lei dos delitos de tráfico de drogas e entorpecentes (Lei nº 11.343/2006), entre outras que foram tomando a atenção dos juristas.

Também ao longo deste tempo, foram surgindo leis que incrementaram o uso das sanções penais para delitos que o direito penal já tem por costume tutelar, como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que conquanto não tenha criminalizado condutas até então estranhas ao direito penal, por outro lado, acentuou a punição dos crimes, definidos como tais.

Isto porque, ao tempo em que “qualificou-os” como hediondos, acabou recrudescendo as penas a esses crimes impostas. Ademais, posteriormente, houve modificações, no sentido de acolher em seu bojo novos delitos, existindo ainda, na atualidade, propostas para se acrescentar novos crimes a esse diploma normativo.

Revela-se oportuna a alusão ao que aconteceu com a lei dos crimes hediondos, que trazia duvidosa constitucionalidade quanto a um de seus dispositivos, uma vez que, quando editada, essa lei trouxe em seu bojo a adoção de uma política criminal que impossibilitava a ocorrência da progressão de regime de cumprimento de pena para os indivíduos que praticassem os delitos tipificados naquela lei, fato que a luz do expansionismo punitivo revela os traços dessa mentalidade, a qual veio a adentrar no ordenamento jurídico.

Tal rigorosidade dessa medida se contraditou frontalmente com os princípios da humanidade, o qual veda prisões de caráter perpétuo, como violou também a Lei de execução penal (Lei n. 7210/84), que busca reintegrar o apenado, de forma gradativa, o que faz, exatamente, através do regime progressivo.

Nada obstante, após sucessivos enfrentamentos da matéria, posteriormente, esta disposição normativa foi modificada, para ceder espaço a uma política criminal menos “rígida”, dispondo que a progressão de regime nesses delitos seria de 2/5 (dois quintos) do cumprimento da pena aplicada, para réu primário e 3/5 (três quintos) para o indivíduo reincidente.

²⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O Executivo privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora: 2010, p. 33.

Também a Lei n. 10.792/2003 expressa o expansionismo punitivo intensivo, porquanto instituiu uma nova modalidade de punição para apenados que cometam faltas graves nos estabelecimentos prisionais, revelando-se um típico exemplo de instrumental que alberga consigo, tal como a lei dos crimes hediondos, os contornos deste fenômeno punitivo.

O recrudescimento do direito penal, por meio da expansão punitiva intensiva, se expressa ainda nas propostas tendentes à flexibilização de direitos e garantias fundamentais, já consolidadas no ordenamento jurídico pátrio, justamente, colimando, por esta via, o aumento da severidade ao se aplicar a lei penal.

Cumprе salientar que o movimento por lei e ordem também explorado no âmbito do direito penal guarda semelhanças com a expansão do direito penal, sobretudo, em seu viés intensivo, uma vez que ambos procuram, por exemplo, fazer uso da “mão de ferro” do Estado, ou seja, valer-se do aparato punitivo estatal, para aplicar um direito penal mais rigoroso, a fim de conter problemas observados na sociedade.²⁵¹

Nada obstante, enquanto o movimento por lei e ordem nasceu como uma política de governo, desenvolvida nos Estados Unidos, numa época em que o país necessitava adotar medidas mais rígidas de segurança pública, difere-se, neste particular, da expansão punitiva que se assiste modernamente, uma vez que essa brota do próprio seio popular de uma maneira difusa, até mesmo avassaladora, e cujo nascedouro ou suas razões (haja vista serem múltiplas) revelam-se difícil de se quantificar.²⁵²

De toda maneira, analisando a expansão do direito penal, sob este viés intensivo, é possível verificar-se o uso da punição como meio encontrado para lidar com os problemas que incomodam a sociedade como demonstra o exemplo cotidiano de se desejar o livramento da sensação de medo e de insegurança, oriunda da criminalidade, mediante o uso da pena, cada vez mais rígida e dura, na crença de que, desta maneira, estar-se-ia a conter a onda de crimes que tanto incomoda a população.²⁵³

A intensificação desse movimento expansivo do direito penal se mostra punitiva, consoante narra Luciano Anderson de Souza²⁵⁴, sobretudo do ponto de vista intensivo, pela busca acentuada pelo endurecimento do sistema penal, fato registrado com as seguintes palavras pelo autor:

[...] assiste-se a uma tendência de endurecimento da persecução penal que passa não só pelo agravamento das penas, como também pela tentativa de flexibilização das garantias individuais que representam, em última instância, formas de proteção de

²⁵¹ Ibidem, p. 31.

²⁵² GARLAND, David. Op. cit. p. 221.

²⁵³ SILVA SANCHÉZ, p. 32-33.

²⁵⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit. p. 54.

direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos, amparados e protegidos.

Percebe-se, nada obstante, que o anseio que parte do meio social, quando enxergado amiúde, revela que não há uma reinvidicação tanto pelo direito penal como um todo (vislumbrando este ramo, sistematicamente, com seus respectivos institutos e normas jurídicas), mas antes disso, é uma ânsia pela própria pena, ou seja, pela punição como bandeira levantada para lidar com os indivíduos e situações que denotem perigo para a sociedade, ou quando menos, por uma espécie de um direito penal que traga em seu bojo um *standard* acentuadamente punitivo.

No entanto, como ressaltado, nas primeiras linhas deste trabalho, as normas que compõem o direito penal, mormente aquelas que se qualificam como incriminadoras, não se encontram desconexas com outras que lhe balizam sua respectiva aplicação, de sorte que se salienta aqui a importância daquelas que são veiculadas pela própria lei penal, como também as que podem ser extraídas da Constituição Federal, haja vista que a Carta Magna detém tanto os valores axiológicos que o direito penal deve se pautar, quanto os limites ao uso de sanções penais.

Ademais, para se corresponder aos fins que o expansionismo punitivo se propõe, necessita-se do uso da pena, a fim de retribuir o mal causado (perspectiva retributivista) ou coibir, mediante a intimidação de prováveis ou potenciais agentes criminosos (perspectiva preventiva intimidatória).²⁵⁵

Nessa esteira, para se alcançar a pena, necessita-se antes de qualquer diligência – por obediência ao princípio da legalidade²⁵⁶ – que uma lei criminalize determinado comportamento, ou, se esse já se encontra criminalizado, que a legislação possa reforçar a sanção penal, intento este que se mostra expressivo, por exemplo, quando se tenciona intensificar a reprimenda estatal, a ser endereçada para determinado criminoso, justamente, por se entender que o crime praticado por ele merece passar por um tratamento mais duro por parte do Sistema Penal.

Assim, como fenômeno inerente ao clamor por mais punição, assiste-se ainda no cenário hodierno, novas reinvidicações por leis que tenham o condão de implantar as propostas punitivas, exatamente por existir na sociedade uma visão difundida de que com a edição de uma lei penal garantir-se-á que a população sinta-se mais protegida, isto porque a

²⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Arts. 1º ao 120. 8ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 489-491.

²⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit, p. 131.

criação de uma lei deste caráter, segundo a crença contemporânea, dissipará no meio social a insegurança, ao tempo em que projetará a sensação de proteção.²⁵⁷

Respostas com esse modo de compreensão se encontram, cada vez mais, presentes nos pedidos que são endereçados aos representantes políticos, para que criem projetos de leis, a fim de criminalizar condutas, como recrudescer tantas outras²⁵⁸, de forma que os agentes públicos, imbuídos de competência constitucional para a discussão e aprovação de uma nova lei se veem necessitados de tratar as irresignações que a sociedade lhes apresenta, muitas vezes, levando projetos que carregam tais conteúdos para votação e discussão nas casas legislativas.

Exemplo da expansão punitiva, que expressa bem os contornos desse fenômeno que alcança certa magnitude no cenário social, hoje em dia, pode ser vislumbrado no Projeto de Emenda Constitucional nº 171/1993, que representa uma das formas do expansionismo punitivo se configurar de uma forma mais concreta na sociedade contemporânea.

Referido Projeto de Lei, endereçado para os representantes políticos brasileiros, pretende recrudescer a responsabilidade penal dos adolescentes, através da redução da maioria penal para alguém dos 18 anos, de maneira a tornar esses sujeitos suscetíveis a sanções de natureza penal de maior potencialidade, isso quando praticarem condutas tipificadas como delituosas, deixando assim de padecerem das medidas socioeducativas e passarem a se submeter a penas previstas no Código Penal.

Nada obstante, revela-se necessário perquirir, oculto nesse clamor pela legislação penal, encontram-se os traços de uma cultura que anseia, antes de tudo, pelo uso da pena, como o mecanismo principal do Estado para lidar com os problemas que assolam o meio social, isso com a crença de que mediante referida implantação serão alcançadas as melhores e mais eficazes respostas ao combate da criminalidade.²⁵⁹ Nesse sentido, caminha considerável parcela doutrinária, representada, aqui, na seguinte ponderação:

[...] Por deficiência teórica e excesso de prática (empiristas ingênuos), adubados pela Mídia de sangue (que lucra muito e sorri), o senso comum acredita que o remédio para a sensação de insegurança é o aumento das penas, criação de novos tipos penais e prisões (públicas e privadas). Esses sujeitos, na sua imensa maioria, estão viciados em punição e acreditam em pensamento mágico, conferindo missões ao Direito Penal que ele simplesmente é incapaz de cumprir e que desafiam qualquer racionalidade para além da crença infundada em promessas metafísicas como a proteção de bens jurídicos. [...].²⁶⁰

²⁵⁷ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 27.

²⁵⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit. p. 52.

²⁵⁹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 103-108.

²⁶⁰ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit. p. 55.

Nessa esteira de pensamento, vislumbra-se que inserido no expansionismo punitivo, conforme enxerga Salo de Carvalho²⁶¹, resta configurada “uma demanda social por punição”, porém não qualquer tipo de punição, mas sim aquela que seja mais dura, no sentido de ser mais enrijecida, apta a recrudescer as sanções de natureza penal, podendo provocar, por exemplo, mais restrição às liberdades e direitos fundamentais do indivíduo.

Dessa forma, se afigura comum, na contemporaneidade, a defesa pela implantação de penas de caráter perpétuo, surgimento de novas propostas de penas mais rígidas, defesa pelo uso de penas de morte e até mesmo por sanções que nem sempre fizeram parte do passado deste país, porém que, em tese, mereceriam ser exportadas, para combater os males contemporâneos.²⁶²

É perceptível, pois, que o reflexo dos clamores expansionistas punitivos podem ser encontrados, tanto na reivindicação por sanções penais mais incisivas, como também pela flexibilização de garantias, ou maior redução de direitos fundamentais, o que não deixa de assumir uma postura ativa em detrimento do apenado, que pode ter, com a aplicação de medidas desse tipo, sua condição humana e qualidade de vida ainda mais afetada do que “tão só” com o afastamento e restrição de sua liberdade.

Silva Sánchez²⁶³, ao refletir sobre os movimentos que clamam por demandas de ampliação de proteção penal, enxerga que existe um intento de se acabar com a sensação geral de insegurança por que passa a sociedade. Veja-se a reflexão nas palavras desse jurista:

[...] Assim, pode-se afirmar que ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregea sua “flexibilização”.

Nesse sentir, verifica-se que a contenção do medo, redução das angústias, minoração da sensação de insegurança social, normalmente, são raízes encontradas em reivindicações que clamam pela edição de uma legislação penal, que positive sanções de natureza penal, como instrumento a ser utilizado, tal qual uma via principal, para conter o crime.²⁶⁴

Conforme destacou Raphael Boldt, “o medo tornou-se a mola propulsora para a demanda por respostas mais agressivas no tocante a criminalidade violenta”²⁶⁵, encontrando-se tal sentimento, em paralelo com a sensação de insegurança, diuturnamente, conhecida e

²⁶¹ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 28.

²⁶² MARTINS, João Victor Bezerra. **A pena de morte é a solução?** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34330/a-pena-de-morte-e-a-solucao>. Acesso em 24/02/2015.

²⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Op. cit. p. 32-33.

²⁶⁴ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 45.

²⁶⁵ Ibidem, p. 42.

reforçada no seio social, de sorte que acarreta, exatamente, o anseio por uma resposta rígida e apta a solucionar os problemas sociais e trazer a sensação de proteção almejada.

Vislumbra-se, portanto, que a sensação de medo líquido²⁶⁶, na lição de Zygmunt Bauman, que se vê difundido no seio social, não é outro senão aquele que a reivindicação por mais punição deseja afastar, acreditando que através do recrudescimento da legislação penal os crimes serão minorados e a sensação de medo e de insegurança se dissipará do cenário social.

É possível chegar à ilação de que o combate ao crime se confunde com o combate ao próprio medo. Semelhante reflexão fez-se sentir num fenômeno que ocorreu nos Estados Unidos, durante a passagem da década de 70, para a de 80, onde se viam as medidas de combate ao crime como a melhor forma de reduzir o medo e a insegurança, muito embora mais tarde tal constatação tenha se modificado, consoante demonstra David Garland²⁶⁷:

[...] no final dos anos 1970 e início dos 1980, quando esses esforços visivelmente fracassaram, inúmeros estudos sugeriram que o medo público do crime é um fenômeno mensurável e até certo ponto independente dos níveis de criminalidade e vitimização. Quando uma das pesquisas policiais sugeriu que algumas medidas, embora falhassem ao reduzir o crime, geravam o efeito de reduzir os níveis registrados de medo e insegurança, abriu-se o caminho para um novo objetivo político.

Nessa esteira de pensamento, assiste-se um fenômeno semelhante ao que se vislumbra no panorama brasileiro contemporâneo, onde se percebe que o direito penal é utilizado, por vezes, para atingir o objetivo de conter o medo, como sendo o principal norte a ser atingido pela seara penalista.

Assim, tal esperança é depositada nessa seara jurídica, pelo fato deste ramo possuir um aparato coercitivo mais rigoroso, uma vez que a natureza de suas sanções demonstra que estas são aquelas mais fortes ao ordenamento jurídico, haja vista atingirem os direitos mais caros à condição humana.

Basta citar, como por exemplo, a prisão – típica pena que limita a liberdade do sujeito em diversas dimensões do seu ser, mostrando-se um perpétuo sofrimento alienante ao condenado²⁶⁸ – ser enxergada, exatamente por deter esse perfil, como espécie de instrumento preferencial, apto a controlar aqueles que desejam comprometer a vida em sociedade, os quais, segundo Rubens Casara²⁶⁹, são “etiquetados de criminosos”.

²⁶⁶ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit. p. 08.

²⁶⁷ GARLAND, David. Op. cit., p. 266.

²⁶⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernal. Op. cit. p. 62.

²⁶⁹ CASARA, Rubens. **Prisão e Liberdade**. Orgs. Marcelo Semer, Macrio Sotelo Felipe. 1ª ed. São Paulo: Estudio Editores.com, 2014, p. 16.

Sob os contornos listados acima é que se vislumbra um fenômeno presente, sobretudo nos últimos anos, no cenário brasileiro, que tem despertado diversas denominações como “demanda social por punição” ²⁷⁰, “panaceia punitiva” ²⁷¹, “populismo punitivo” ²⁷², “punitivismo” ²⁷³, porém, que denunciam um mesmo fenômeno: o clamor pela expansão do direito penal, no sentido de intensificar as sanções penais, enrijecendo aquelas já existentes ou relativizando as garantias e direitos do agente criminoso.

4.2 O crescimento do movimento punitivo e a demanda por punição

Uma vez delineada a configuração do expansionismo punitivo do direito penal, faz-se necessário destacar, um fato curioso que brota do seio popular, qual seja, a “ânsia ou vontade de punição” ²⁷⁴, a qual seria uma espécie de núcleo da onda punitiva que se assiste na contemporaneidade.

Percebe-se que o grito pela atuação e por socorro vindo do direito penal é emitido com o objetivo de que haja uma aplicação de medidas para conter a criminalidade, sendo que tal fato abre margens para alimentar no meio social determinadas exigências, as quais refletem uma ânsia punitiva, como alvo e foco primeiro a ser vislumbrado que, não raras vezes, aparenta ser o único interesse a ser saciado.

A demanda por punição se vê saciada pela sociedade, apenas e tão só, com o ato que impõe a sanção penal. No entanto, não se pode perder de vista que a abrangência inerente ao sistema penal não se encerra na aplicação da pena. Isso porque o segmento de execução penal (parte integrante do Sistema Penal, visto como um todo) prevê em legislação específica (Lei nº 7.210/84) “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º), o que leva a crer, segundo a dicção legal, que após a reprimenda estatal, outras normas de natureza penal irão incidir sobre a vida do apenado, a fim de reintegrá-lo a vida social, não se encerrando a âmbito de atuação do Sistema Penal com o simples ato de punir.

²⁷⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 13.

²⁷¹ BOLDT, Raphael. Op. cit. 115.

²⁷² GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal.. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12274>>. Acesso em: 7 fev. 2015. GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10768>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

²⁷³ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 15.

²⁷⁴ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 103. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 09.

O movimento expansivo punitivo, portanto, também percebido por Salo de Carvalho²⁷⁵, apresenta, na visão desse autor, uma espécie de mote para a análise do fenômeno por inteiro, uma vez que a “vontade de punir” pode ser encontrada em muitas das medidas e exigências que vem surgindo nos tempos contemporâneos. Veja-se o que vaticina o jurista:

O sintoma contemporâneo *vontade de punir*, que atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivas (populismo punitivo), dos movimentos político criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico).

Essa vontade de punir externada na demanda pela edição de leis penais não busca outra coisa senão o ato de punir como meta principal a ser aplicada. Não é sem razão que se vislumbram propostas de modificações na aplicação da lei penal, no mundo contemporâneo, que demonstram a marca de uma política criminal, tendente ao recrudescimento de penas para delitos que já são criminalizados pelo direito penal.

Cabe aludir ao caso do intento de inserir a pena de morte para estupradores,²⁷⁶ ou até mesmo o que pretendia o projeto de lei nº 5398/2013, ao tencionar exigir que tais criminosos concluam tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime, como também o projeto de lei do Senado Federal nº 552/07, que buscara a autorização para castração química de pedófilos.²⁷⁷

A vontade ou desejo generalizado por punição alimenta na sociedade contemporânea a configuração de algo que tem um raio de abrangência muito maior, haja vista que já se faz alusão a uma “cultura punitiva”²⁷⁸, que estaria a demarcar as manifestações da pós-modernidade.

Uma hipótese lançada por Raphael Boldt para a difusão da onda punitiva seria a de que “os males pós-modernos alimentam demandas por mais repressão, essenciais para a propagação de uma cultura punitiva”²⁷⁹, de sorte que a sensação de medo e insegurança presentes na vida diária gera dentro da população um anseio por algo que possa protegê-los,

²⁷⁵ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 09.

²⁷⁶ MARTINS, João Victor Bezerra. **A pena de morte é a solução?** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34330/a-pena-de-morte-e-a-solucao>. Acesso em 24/02/2015. Há que se ponderar que não se questiona a legitimidade da sociedade reivindicar novas criminalizações de condutas, implementação de novas sanções penais, nada obstante, revela-se necessário investigar em que ideais, objetivos ou sentimentos se apoiam as reivindicações contemporâneas e quais efeitos podem ser desencadeados, caso os clamores punitivos sejam correspondidos como a sociedade espera. Alguns dos efeitos da correspondência aos clamores punitivos, como narrados acima, serão abordados no quarto capítulo.

²⁷⁷ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 121.

²⁷⁸ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 36. CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 07-11.

²⁷⁹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 28.

aparecendo a repressão punitiva, como resposta para lidar com tais males, entre eles, o da criminalidade.

Some-se esse anseio por proteção ao fato de que a crença no endurecimento das sanções penais irá resolver os problemas sociais que mais preocupam a sociedade, bem como conter os indivíduos perniciosos: para uns intimidarão, para outros que escolherem burlar a norma, sofrerão consequências cada vez mais drásticas.

Assim, o temor da população – atemorizada pela sensação de insegurança, bem como pela frustração aos casos de impunidade aliado ao problema da quantificação exata dos medos e inseguranças alimentam esta vontade por punição, conforme enfatizou Salo de Carvalho²⁸⁰:

A ausência de instrumentos eficazes para demonstrabilidade empírica de indicadores como *sentimento de impunidade* e *sensação de insegurança*, amplamente utilizados como argumentos de ampliação do punitivismo pelos empreendedores morais, torna volátil a associação entre medo e demanda sancionatória.

Ainda tendo por vislumbre essa vontade de punir generalizada²⁸¹, é possível fazer menção a um fenômeno umbilicalmente correlato, senão decorrente desse desejo por punição, que tem se mostrado presente em diversas cidades, que são os linchamentos populares.²⁸² Se outrora a revolta da população se mostrava mais contida, apenas com a formulação de juízos de valor em torno da conduta do criminoso, agora alcança o contato físico com o agente que é pego pelo público, quanto esse tem a oportunidade de “capturar” um delinquente.

Tem-se assistido no cenário contemporâneo que a difusão de penas duras e rígidas no seio social tem impregnado o imaginário coletivo de tal maneira, que o contato com o criminoso tem sido a oportunidade para a transferência da revolta, medo, impunidade e injustiça que cada indivíduo traz consigo, focalizando como alvo aquele que foi pego pela população, a qual encarrega-se de capturar, acusar, julgar o criminoso, e aplicar a pena, a um só tempo.²⁸³

Por outro bordo, cabe advertir também que o cenário corriqueiro nas grandes cidades tem revelado não apenas a escolha da via da vingança privada para lidar com os criminosos, mediante o caminho do linchamento, mas também através do uso de cercas elétricas, cacos de

²⁸⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 11

²⁸¹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 103.

²⁸² MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: justiça popular no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015, p. 22.

²⁸³ Há que se contrabalancear este fenômeno com outras variáveis legais, isto porque não se trata de questionar a soberania do povo, cunhada na Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil, que garante, entre outras prerrogativas, o direito de lutar por um espaço de convívio que julgue melhor; contudo, deve-se ressaltar que a captura de criminosos nos termos descritos usurpa as funções de instâncias e órgãos oficiais, que tem suas funções furtadas, por parcelas da população, que executa tarefas que, diretamente, não lhe compete. O caso, antes reflete o rompimento do contrato social, entre estas parcelas do povo e o Estado, consoante destacou Raphael Boldt. Cf. Criminologia Midiática.. Op. cit. p. 29-35.

vidro cimentados em muros, entre outras ofendículas que revelam o medo da população e ao mesmo tempo denunciavam as formas encontradas para conter os perigos contemporâneos.

Assim observou David Garland, ao perceber que “formas de humilhação pública, que por décadas foram tidas por obsoletas e excessivamente indignas, são valorizadas hoje em dia por seus proponentes políticos, precisamente por causa do seu inequívoco caráter retributivo”²⁸⁴, de sorte que não são apenas valorizadas, de tão arraigadas que se encontram na população, são postas em prática por populares.

É comum ainda, assistir-se a linchamentos midiáticos, que realizam não apenas juízos morais sobre criminosos, mas, recentemente, também, linchamentos físicos, aplicados a criminosos capturados em transportes coletivos, ruas e praças pela população.²⁸⁵

Referida advertência pretende fazer referência não ao exercício da legítima defesa, legalmente garantida, onde o ameaçado ou terceiro repele agressão injusta e atual, pois o que se vislumbra nos casos de linchamento são situações, onde populares mesmo após conterem o delinquente, encarregam-se de ir além, transformando aquele que era criminoso, em vítima da população, algo que o direito penal, mormente visualizado sobre sua função garantista, procura repelir, uma vez que os linchamentos populares expressam o terror social, que a seara penalista procura evitar.

Muito embora não se desconsidere o fato de que no âmago dessa vontade de punir, vislumbrada nos linchamentos, exista conforme reclamações populares, a revolta com a impunidade, bem como uma espécie de saída encontrada para conter a criminalidade e livrar-se da sensação de medo e insegurança²⁸⁶; verifica-se, no entanto, que medidas desse tipo usurpam, a um só tempo, o papel que cabe a polícia, ao Ministério Público e ao Judiciário desempenhar, haja vista essas serem as verdadeiras entidades que detêm atribuição legal para tanto.

Ademais, conquanto a soberania da República Federativa do Brasil resida nas mãos do povo, segundo o Texto Constitucional, denota-se que, em se tratando de linchamentos

²⁸⁴ GARLAND, David. Op. cit. p. 52

²⁸⁵ Cite-se a título exemplificativo um caso que representa outros semelhantes que aconteceram em Maceió/AL, onde alguns populares espancaram um jovem, acusado, segundo a população, de que teria tentado roubar um celular de uma mulher. O indivíduo, a medida que fora atacado pelos populares, foi ainda obrigado a ingerir alvejante, e muito embora tenha sido levado ao hospital, não resistiu e veio a óbito. Disponível em: <<http://www.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vCod=174234>>. Acesso em: 05/01/2015. Outro caso conhecido na capital alagoana foi o de outro assaltante, que numa tentativa frustrada de cometer um roubo, fora capturado e brutalmente assassinado por populares, conforme o vídeo gravado e publicado em sites de notícias da cidade. Disponível em: <<http://tnh1.ne10.uol.com.br/noticia/maceio/2013/12/20/281003/morre-no-hge-jovem-espancado-pela-populacao-apos-assalto-em-maceio>>. Acesso em: 05/01/2015.

²⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 124-125.

populares, inexistente instituto ou legislação que guarneça legitimidade à população para capturar, acusar e julgar um indivíduo, sobretudo considerando que a forma brutal, a qual a população tem executado essas mortes favorece à cultura do espetáculo e ao sensacionalismo, uma vez que vídeos de espancamento são filmados ao ar livre e pulverizado nas mídias sociais.

Conquanto insurjam justificativas no sentido de que nesta “vontade de punir” presente nos linchamentos, por exemplo, exista uma espécie de movimento repulsivo ao incômodo que a insegurança provoca, vislumbra-se que o alimento a esta ânsia dá margem também para que os instintos perversos do ser humano venham à tona, ganhando oportunidade para serem manifestados, dando ocasião, por exemplo, para situações que irão mais alimentar a vingança privada do que solucionar o problema da criminalidade.

Vale fazer menção à teoria psicanalítica da sociedade punitiva defendida por Helmut Ostermeyer²⁸⁷ e Edward Naegeli²⁸⁸, no sentido de que parte da agressão aplicada através de uma resposta punitiva representa a descarga de toda uma agressão reprimida, que é transmitida para o exterior, por meio de um “mecanismo de projeção”²⁸⁹ em indivíduos, que funcionam como bodes expiatórios, que uma vez projetados, sofrem penas que partem das inconscientes tendências criminosas do(s) agressores.

Uma percepção muito parecida com essa, ora narrada, que denuncia a projeção de instintos perversos do indivíduo nas oportunidades que venha deter, foi verificada também por Mário Vargas Llosa, ao perceber que:

[...] em nossos dias, as grandes partidas de futebol, assim como outrora os circos romanos, servem sobretudo como pretexto para a liberação do irracional, como regressão do indivíduo à condição de partícipe da tribo, como momento gregário em que, amparado no anonimato aconchegante da arquibancada, o espectador dá vazão a seus instintos agressivos de rejeição ao outro, conquista e aniquilação simbólica (e às vezes até real) do adversário. [...] desencadeia no indivíduo instintos e pulsões irracionais que lhe permitem renunciar à sua condição civilizada e comportar-se durante a partida como parte da horda primitiva.²⁹⁰

Dessa forma, é possível chegar à ilação de que as teorias às quais se fez alusão parecem esclarecer a hipótese acima apresentada de que a ânsia punitiva dos populares em espancar assaltantes até o seu óbito não representa apenas uma sede por justiça, mas também

²⁸⁷ OSTERMEYER Helmut. **Strafrecht und Pschychoanalyse**. München, 1972, p. 32-33. *Apud.* BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução a sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 201, p. 55-56.

²⁸⁸ NAEGELI, Edward. **Die Gesellschaft und die Kriminellen**, Zurich, 1972, p. 13. *Apud.* BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 55-56.

²⁸⁹ OSTERMEYER Helmut. Op. cit. p. 32-33. NAEGELI, Edward. Op. cit. p. 13. *Apud.* BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 55-56.

²⁹⁰ LLOSA, Mário Vargas. Op. cit. p. 75.

o descarrego de outros impulsos que o ser humano traz dentro de si e projeta no criminoso que tem a sua frente e que diante de situações como essas, as pessoas passam a ter uma oportunidade para transmitir seus instintos mais perversos e suas tendências agressivas em detrimento de seus semelhantes.

Outra hipótese a se considerar, como causa que contribui para a ocorrência de linchamentos populares, bem como da vontade de punir acalorada do público em geral, diz respeito à decepção, por vezes, presente no seio social, em razão da quebra de expectativas depositadas no Sistema Penal, haja vista a intensidade das projeções feitas na atuação dos órgãos responsáveis em frear a onda de crimes, mormente aqueles que mais incomodam as pessoas no cotidiano.

Aduz-se esta temática porque tem se assistido certo desapontamento, oriundo do cenário social, em relação às instâncias oficiais, que tem por função aplicar e gerir as sanções penais, bem como em relação aos órgãos responsáveis em combater a onda de criminalidade, no sentido de que não estariam agindo a contento, haja vista não atingir os resultados almejados pelo corpo social.

Tal situação tem gerado, por consequência, um descrédito no sistema penal que mesmo aplicando medidas de cunho repressivo não vem conseguindo combater os males, que a sociedade deseja se vê livre. Tal sintoma representaria, segundo Garland, a própria erosão do mito de que o Estado soberano é capaz de controlar o crime em seu território.²⁹¹

Cite-se, como exemplo, o intuito em banir a onda de assaltos, através de punição de assaltantes e, mesmo assim, delitos deste naipe persistirem em ocorrer no cenário social, sobretudo em locais abertos ao público.

Assim, diante de casos como tais, iniciam-se formulações de pensamentos e discursos, no sentido de que o problema residiria no próprio sistema penal que estaria falhando no desempenho de suas funções, motivo pelo qual a própria população, com base no pensamento de que poderia assumir o direito de punir para si e buscar outras vias alternativas de solução do conflito, dispensa o aparato coercitivo Estatal e concretiza tal reflexão.

Tem-se percebido que a falta de alcance aos resultados que a expansão punitiva procura lograr êxito vem sendo atribuído, em considerável parte, a um mau funcionamento do Sistema Penal, no sentido os segmentos desses, sobretudo de execução da pena, não seria forte e combativo o suficiente, para conter os indivíduos, representativos dos males que a sociedade procura repelir.

²⁹¹ GARLAND, David. Op. cit. p. 248.

Sob essa ótica, o Sistema Penal passa a ser visto como um obstáculo aos objetivos almejados pela expansão punitiva, razão pela qual acaba se deslegitimando no seio da população, a qual por imaginar que o erro recai sobre o sistema, não crê que os problemas, os quais perpassam a sociedade poderão ser revertidos pelos órgãos públicos responsáveis por executar tal mister.

O fato desse descrédito no Sistema Penal se apresentar, por vezes, acentuado, tão somente denuncia que a expectativa depositada no uso dos mecanismos do direito penal para combater o crime se mostra elevada a tal ponto, que uma vez não ocorrendo a correspondência expectava desponta a insatisfação e, posteriormente, a deslegitimação no sistema penal.

Assim, diante destas circunstâncias, David Garland verifica que instituições sociais relevantes para a população, por cuidar de serviços caros para a população, pairam numa zona de descrédito e desconfiança, sobretudo, numa sociedade que leva o público conjecturar que “nada funciona”.²⁹²

Cite-se, por exemplo, o fato de que a sociedade parece desconhecer ou conhecer de forma deturpada o significado dos direitos fundamentais, uma vez que a ânsia pela punição leva o público compreender que os direitos dos condenados e acusados (que precisam ser respeitados para lhes proteger de arbitrariedades) correspondem a meros entraves ao que a população almeja alcançar, que, não raras vezes, é a prisão do criminoso da forma mais célere e rígida possível.

Dessa forma, soa incompreendido por considerável parcela da sociedade o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado ou do preso, tamanha é a insatisfação popular e sede por justiça e também de indignação moral. Muitas vezes, tal insatisfação se vê alimentada pela mídia sensacionalista, consoante registra Zaffaroni.²⁹³ Assim, há uma visão equivocada de que uma suposta benignidade do Sistema Penal seria uma das causas para a expansão da criminalidade e ausência de inibição dos presos em relação aos órgãos oficiais.

Notam-se ainda, reivindicações difundidas no seio social que refletem de forma clara uma vontade de punir, arraigada no público, mediante a assunção de frases do tipo “bandido bom é bandido morto”, “tem idade para cometer um crime, mas não tem idade, para responder por tal prática”, “só existe direitos humanos para bandidos”, típicas referências que representam a insatisfação do corpo social com a impunidade de indivíduos vistos como

²⁹² GARLAND, David. Op. cit. p. 247.

²⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª ed., Janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010, p. 131.

criminosos, de forma que tal frustração em não ver o delinquente definitivamente preso é atribuída a uma atuação falha do sistema penal, onde esse passa a ser visto como um elemento contributivo à acentuação do mal na sociedade.

O grande risco que um pensamento como tal pode acarretar, quando o assunto gravita em torno do sistema penal é, justamente, que a população descontente com o desempenho de suas funções, pretenda usurpar atribuições que não lhe competem, desconsiderando, com isso, o aparelho coercitivo estatal, a ponto de determinados indivíduos aglutinarem-se em grupos, para realizar o que se chama de “justiça com as próprias mãos”,²⁹⁴ como é o caso dos linchamentos populares.

Evidentemente que a deslegitimação projetada no sistema, pela não correspondência com o resultado projetado em suas ações, não abre margem legítima para que parcelas da população usurpem funções que não lhe competem; no entanto, o fenômeno merece alusão, uma vez que tem se assistido na modernidade casos que representam esse sintoma, merecendo, portanto, atenção do Estado, haja vista que pode agravar-se, sobretudo considerando a receptividade e adequação social que goza perante por boa parcela da sociedade.

Assim, o problema dos linchamentos populares representa – nesta zona de compreensão do fenômeno – uma exteriorização dos discursos de magnitude, contemporaneamente, divulgados no cenário social.

Nesse entender, uma vez existindo uma alimentação no seio popular de um expansionismo intensivo, o qual corresponda ao anseio de punir que se assiste na sociedade contemporânea, pode abrir margem para que não apenas fomente a sede por linchamentos, mas se reivindique cada vez mais por um uso do aparelho punitivo estatal, com vistas a lidar, logo de início, com os principais problemas que incomodam a sociedade.

É nesse contexto, que insurge a expansão do direito penal, justamente, porque se projeta expectativas de mudança através dos meios que este ramo pode oferecer,²⁹⁵ fato que desponta movido pela percepção de o direito penal possui instrumentos punitivos em seu bojo, mormente a aplicação das sanções mais rígidas do ordenamento jurídico.

4.3 O socorro ao direito penal para solucionar os problemas da sociedade

Conquanto a sociedade, por vezes, se encontre desapontada com a atuação penal do Estado e busque “fazer justiça” a partir de si mesma; verifica-se, todavia, que a ânsia de

²⁹⁴ FERNANDES, Luciana Medeiros de. Op. cit. p. 49-50.

²⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. Op. cit. p. 27.

punição persiste de tal modo no seio do público que a crença depositada no direito penal não desaparece por inteiro, pelo contrário, acaba delineando a expansão punitiva na atualidade.

É que a sociedade procura fazer uso dos institutos inerentes à seara penal, como a prisão, especialmente, para serem aplicados (caso ainda não tenham sido), ou que sejam incrementados, a fim de que atinjam os efeitos de contenção de problemas sociais que se espera.

Ao que parece este movimento de ir ao encontro do direito penal, como meio de resolver problemas cotidianos, denuncia um sintoma que, na verdade, tem alcançado o Direito como um todo. Essa percepção guarda pertinência, de certa forma, com o que cogita João Maurício Adeodato ao perceber que “[...] esse desaparecimento de uma religião e de uma moral generalizadas faz então com que o direito se torne sobrecarregado como único ambiente ético comum, com suas pretensões de racionalidade e universalidade, um mínimo ético social. As regras para todos passam a ser unicamente as jurídicas.”²⁹⁶

Ademais, percebe-se que o cenário de medo e insegurança, muitas vezes, vinculado aos discursos da presença dos riscos que se encontram presentes na sociedade contemporânea, faz a população partir em busca de meios para combater as situações que possam lhe ameaçar, como é o caso do fenômeno da grande criminalidade²⁹⁷, a qual por ser um fenômeno que põe em cheque, muitas vezes, bens jurídicos dos cidadãos, passa a ser vista como algo que precisa de uma resposta por parte do Estado, a fim de conter o mal dela decorrente.

Desta forma, frente às situações de riscos do cenário atual, tem se tornado comum a projeção no direito penal como instrumento a ser utilizado para combater o que para sociedade é visto como típico comportamento ou conduta que represente uma possível ameaça ou zona de perigos para o alter.

Nesse passo, projetam-se no direito penal, expectativas de que com a utilização de mecanismos e institutos jurídicos que este ramo da árvore jurídica pode oferecer, muitos dos problemas e riscos que incomodam a sociedade contemporânea serão combatidos e soluções para a contenção do medo e da sensação de insegurança serão alcançadas.

Denotando este fato nos tempos hodiernos, Silva Sánchez²⁹⁸ adverte que esta tendência contemporânea em enxergar o direito penal como ramo pioneiro a se fazer uso, a fim de conter problemas sociais pode transferir um fardo para tal ramo do direito, que o

²⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306-307.

²⁹⁷ ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**. Trad. de Luís Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 7.

²⁹⁸ SILVA, SANCHÉZ, Jésus-Maria. Op. cit. p. 79.

mesmo não tenha condições de carregar, sintoma, o qual pode se configurar desalentador, segundo avalia o citado jurista. Importante ter esta reflexão em foco, a fim de que este ramo do direito não venha cair em descrédito ou desnaturar-se porque foi importado para lidar com problemas da sociedade e acabou não obtendo o êxito esperado.

Entretanto, não há que se impor uma barreira que impossibilite a sociedade de exigir o uso do direito penal pelo Estado, a fim de conter a criminalidade. O que por ora é refletido diz respeito ao fato de se recorrer ao direito penal, como o primeiro instrumento a ser utilizado, para combater as situações que causam perigo a sociedade, bem como se investiga se esta busca pode ser correspondida a altura do esperado. Assim, é relevante ainda perquirir até que ponto tal intento se encontra enraizado numa irracionalidade, a qual pode comprometer a aplicação dos instrumentos jurídico-penais consentânea com as normas legais.

Nessa senda, vale fazer menção à crítica feita pelo jurista David Garland²⁹⁹, que embora seja direcionada de maneira mais específica à realidade extraída dos Estados Unidos, tem sua pertinência com o panorama brasileiro, pelo fato de que a criminalidade que tais países enfrentam é um problema de todo o globo, possuindo certa dose de incidência em algumas nações. Veja-se o que obtempera o autor:

A ameaça do crime se tornou um aspecto rotineiro da consciência moderna, uma possibilidade sempre presente que se deve sempre ‘ter em mente’. O crime veio a ser referido como risco de todo dia, que deve ser habitualmente estimado e administrado [...]. Ao longo do período correspondente a uma geração, as altas taxas de criminalidade passaram a ser um aspecto natural de nossas vidas – um elemento aceito da pós-modernidade.

Uma possível causa para a projeção no direito penal, como soldado combativo ao problema de situações que denotem risco ou perigo para a população, está nesta sensação, difundida no seio social, de existir um “crime, perigo ou risco nosso de cada dia”³⁰⁰, o qual fomenta toda sorte de reclamos e reivindicações, não raras vezes para tornarem-se pauta de futuros projetos de leis penais.

Neste horizonte, ganha destaque o uso ou quando menos a intensificação da pena privativa de liberdade, mediante uma *novatio legis*, exatamente pelo fato deste tipo de sanção ser vista como o instrumento mais forte que o direito penal pode lançar mão para capturar os indivíduos responsáveis pela provocação de pânico e ameaça de lesão aos bens jurídicos da sociedade.

²⁹⁹ GARLAND, David. Op. cit., p. 244.

³⁰⁰ Ibidem, p. 244.

Assim, vislumbra-se que o imaginário do público tende a direcionar-se para a opinião de que o uso das sanções de caráter penal, como o caso da pena privativa de liberdade, poderá conter os indivíduos que se apresentem como perigosos para a população.

De todo modo, mostra-se oportuno pontuar que o direcionamento que vem ganhando destaque na resposta oriunda do Estado aos problemas criminais é justamente o foco na reprimenda estatal, bem como no uso da sanção de natureza penal, perspectiva que uma vez canalizada como única ou primeira via de solução, ofusca, ou ao menos minimiza a possibilidade de se pensar em outras possíveis alternativas de mudanças para consertar os males da pós-modernidade.³⁰¹ Este foi o olhar tido pelo jurista Raphael Boldt, que ao perceber esse panorama, detalhou-o mediante os seguintes termos:

[...] a sociedade atemorizada, sem saber o que fazer, é induzida a não pensar nas raízes do problema, na possibilidade de enfrenta-los em suas origens e simplesmente adere às sugestões propostas e passa a demandar mais repressão, novos tipos penais, mais prisão.³⁰²

Assim, a ponderação feita pelo jurista abre margem para se chegar à ilação de que as raízes ou causas da criminalidade³⁰³, muitas vezes, não são identificadas, a fim de serem combatidas incisivamente; quanto o crime é reprimido, especialmente, depois de praticado. Um dos motivos para tal quadro reside na falta de percepção de diferentes ângulos e problemáticas inerentes ao assunto.

Tal argumento, por exemplo, é muito utilizado pelos que defendem a não redução da maioridade penal, uma vez que procuram se reportar ao fato de que muitas das questões que envolvem a aprovação ou não desta proposta, parecem se movimentar mais no sentido de reparar o mal já praticado, do que investigar as causas que possam demonstrar porque os adolescentes cometem delitos e como combatê-las, a fim de não persistirem.

O que David Garland procura demonstrar, quando assevera que o “[...] velho discurso de tratar o problema em sua raiz parece cada vez mais vazio” não denuncia outra coisa senão o foco nas consequências do delito e a falta de percepção mais acurada, quanto às causas da criminalidade.³⁰⁴

Nada obstante, há que se perceber que este direcionamento ao direito penal para funcionar como um soldado eleito para combater os males que ameassem a contemporaneidade, muitas vezes, vê-se apoiado numa visão superficial e imediatista da

³⁰¹ GARLAND, David. Op. cit. p. 264.

³⁰² BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 105.

³⁰³ SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade: causas e soluções**. 1ª ed. (ano 2006), 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

³⁰⁴ GARLAND, David. Op. cit. p. 265.

realidade, por vezes, até momentânea, como no caso da angústia de um público que não mais quer sentir-se apavorado.³⁰⁵

Talvez por essa razão, tem-se denominado as legislações penais, aludidas no tópico anterior, insurgentes no cenário brasileiro (sobretudo na década de 90), como emergenciais, uma vez que brotam, a partir de um clamor social que vislumbra o direito penal, como primeiro ramo a ser convocado para conter o que possa ameaçar a população.³⁰⁶

Nesse entender, exatamente, por se cultivar no âmbito coletivo a crença de que a edição de determinada lei trará consigo uma sanção de natureza penal, alimenta-se a ideia de que com tal implantação surgirão também, conseqüentemente, resultados satisfativos para contenção da criminalidade e instauração de segurança social.

Nada obstante, advirta-se que um possível encerramento da análise e tratamento da criminalidade, apenas no uso de mecanismos do direito penal para lidar com os delitos que assolam a população, pode dar margens para legislações enraizadas num clamor punitivo, que não enxergue, necessariamente, o gérmen ou outros pontos de vista, a serem extraídos do fenômeno da criminalidade, justamente, por estar focada apenas numa visão punitivista e, portanto, fragmentada do problema.

Revela-se oportuno ressaltar que, em paralelo a esse clamor primário pelo direito penal para lidar com demandas sociais³⁰⁷, vai se vislumbrando que o sistema penal, paulatinamente, vem assumindo um protagonismo nas notícias que são veiculadas pela grande mídia. Assuntos e temáticas inerentes aos diversos segmentos deste sistema são divulgados pelos meios de comunicação, onde se abre margem para a discussão de problemas de segurança pública e criação/execução de sanções penais.

Percebe-se, hodiernamente, que é raro abrir-se sites de notícia ou jornais de grande circulação e não se deparar com uma matéria que gravite em torno de uma nota vinculada ao sistema penal, que também se encontra, não raras vezes, ocupando a primeira página, a capa ou lugar de matéria principal.

Constata-se, pois, que tanto o segmento policial, que cuida da investigação do crime, quanto os segmentos judiciais e de execução, tem suas atividades noticiadas pelo cenário midiático, haja vista que é lugar comum perceber que notícias que envolvem desde a investigação de crimes até o cumprimento de pena são publicadas pela grande mídia, fazendo

³⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Op. cit. p. 128.

³⁰⁶ BOLDT, Raphael. Op. cit. p.

³⁰⁷ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 21.

com que o sistema penal como um todo ganhe destaque em meio às notícias que a população possui contato diariamente.³⁰⁸

Ademais, tanto na dimensão da política criminal, haja vista o crescente número de leis extravagantes que criminalizam e regulamentam condutas criminosas; como também numa dimensão judicial – com a cobertura massiva da mídia em torno de crimes que ganham destaque no meio social – e ainda numa dimensão executória da pena privativa de liberdade, o sistema penal vem ganhando enfoque no cenário midiático.

Há que se registrar, aqui, as manchetes de jornais e sites informativos, que diariamente, noticiam casos que denunciam a criminalidade, ora se reportando a crimes consumados, ora se reportando a criminosos capturados, ora fazendo menção a cobertura de casos criminais, os quais se encontram em investigação e com julgamento prestes a acontecer.

Assim, é comum se ter notícias de indivíduos que mesmo estando em cumprimento de pena, tem particularidades de sua vida divulgadas na mídia, como é o caso de informações privadas e íntimas acerca de criminosos famosos (como o goleiro Bruno, casal Nardoni, Suzana Richthofen), que, via de regra, são veiculadas pela imprensa.

De todo modo, o que ora se pretende destacar é que, na configuração do expansionismo punitivo, vislumbra-se um socorro ao direito penal (ramo que tem por um de seus fundamentos tradicionais a característica de ser o último ramo do direito, ou seja, a *última ratio*)³⁰⁹, a fim de que seja utilizado pelo Estado para lidar com problemas da sociedade, como uma *prima ratio*,³¹⁰ para conter as situações que ameacem os bens jurídicos e segurança do público.

Assim, ainda que o clamor pelo expansionismo punitivo venha a partir do anseio público, há que ser sopesado e analisado a luz do ordenamento jurídico, como também à luz dos possíveis efeitos colaterais, que a introdução de uma lei penal possa acarretar, conforme se analisará no próximo capítulo.

4.4 A influência dos meios de comunicação sensacionalistas no reforço ao clamor punitivo

A expansão intensiva-punitiva do direito penal, enquanto fenômeno insurgente da sociedade que apresenta propostas tendentes ao enrijecimento nesta seara, não teria ganhado

³⁰⁸ A divisão dos segmentos do sistema penal segue a doutrina do professor Nilo Batista. In: BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 8ª edição, novembro de 2002, p. 24-26.

³⁰⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp. 62-63.

³¹⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 87, ano 18, p. 305

alcance no público, caso não contasse com um agente, apto a colaborar se não com a difusão dessas ideias, mas ao menos com o reforço à demanda punitiva, atribuição esta que tem ficado a carga dos *Mass Media*, razão pela qual este é um importante fator que colabora para que a expansão punitiva se instaure no meio social.

O presente tópico procura analisar a conexão existente entre as matérias publicadas pelos meios de comunicação sensacionalistas, em torno da criminalidade e punição, com a mentalidade que prega o punitivismo e que se encontra arraigada no seio popular.

Isso porque se sabe que os meios de comunicação possuem a função de reportar para a sociedade toda a sorte de fatos e acontecimentos que ocorrem diariamente, sendo, por tal motivo, importante veículo difusor de notícias que auxiliarão o público a tomar conhecimento de uma série de informações, a fim de que possam, com o conteúdo que tiveram acesso, formar suas respectivas visões e opiniões de mundo.

O crime, nesta órbita, revela-se um fato a despertar inúmeras consequências, que não se resumem à seara jurídica, mas que se expressam em outras dimensões da vida social, motivo pelo qual se mostra comum que os veículos de comunicação deem publicidade aos delitos, notadamente àqueles que representem ofensas a bens jurídicos caros para os civis.³¹¹

Não é raro também que aqueles crimes mais graves ganhem destaque no canal midiático, como por exemplo, mediante fotos em capas de revista, locais de destaques jornalísticos, foco televisivo³¹² reiterado, entre outras formas, que a sociedade assiste no cotidiano, haja vista ser comum o contato com matérias que giram em torno de um fato criminoso, difundidas ao grande público e abrangendo toda uma sorte de pessoas.

Nesse contexto, verifica-se que no estudo da expansão do direito penal é perceptível a intersecção que existe entre o clamor pelo punitivismo e as matérias midiáticas em torno do crime, que não raro, ocupam certa notoriedade, como dito antes, sobretudo nas notícias publicadas pelos meios de comunicação diariamente.

Discute-se, na seara doutrinária, se boa parte da violência e criminalidade que as pessoas imaginam estar presente na sociedade não seria fruto ou estaria, diretamente, relacionada com a construção da realidade criminosa criada pelos órgãos de comunicação de massa, notadamente, aqueles que pautam seu trabalho por contornos sensacionalistas. A hipótese alçada por Raphael Boldt³¹³ caminha no seguinte sentido:

³¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Campinas, São Paulo: Servanda Editora, 2012, p. 11.

³¹² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Op. cit. p. 126.

³¹³ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 91.

[...] o paradigma bélico indica uma tendência midiática de conferir contornos de guerra a todo conflito social que, para tanto, requer a difusão dos clichês de que os bandidos estão cada vez mais fortes e de que a sociedade está desprotegida porque o Estado é fraco e ineficaz na contenção dos desvios [...].

O expansionismo punitivo, nos discursos midiáticos, divide a doutrina no seguinte sentido: para alguns os *Mass Media* seriam responsáveis por criar no âmbito social a sensação de medo e insegurança, bem como a ânsia por mais punição, haja vista a potencialidade seletiva da notícia, a capacidade de ornamentar os fatos divulgados com conotação ideológica, a capacidade de manipular notícias e canalizá-las em um sentido específico, enquanto que para outros estudiosos os meios de comunicação de massa não seriam responsáveis por criar a sensação de medo na sociedade, mas apenas reforçariam esta sensação que já seria prévia e presente no contexto popular.³¹⁴

A respeito da potencialidade da mídia em publicar a violência, a obra de Fábio Martins de Andrade³¹⁵ contém vasta pesquisa em torno da violência simbólica criada pelos meios de comunicação de massa, onde se percebe que as matérias jornalísticas detêm o condão de despertar medo ou pânico na sociedade, que terminam por desembocar num clamor por uma lei penal, a fim de conter a sensação por que passa a população. Vejamos:

[...] do ponto de vista ideológico, trata-se da criação do medo ou pânico, o qual se agrega à insegurança amplamente divulgada pelos órgãos da mídia e sentida pela sociedade. Com isso, geram-se sucessivos clamores da sociedade pugnando o endurecimento do sistema penal.

A construção do pensamento que o autor tenciona passar é compartilhada por muitos que entendem da mesma maneira, comungando do entendimento de que a divulgação da mídia sensacionalista, quanto à criminalidade e à violência, sobretudo no âmbito das cidades, é capaz de gerar no seio da população não apenas a sensação de insegurança, mas também uma frustração de impunidade, a qual acaba se enraizando num clamor por mais punição, a fim de que através desta tática, possam-se conter os indivíduos que são vistos como causadores ou responsáveis pelo quadro violento.³¹⁶

³¹⁴ O confronto de posicionamentos fica clarividente nas obras de: ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit. p. 131. BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 67 e 96. GARLAND, David. Op. cit. p. 338.

³¹⁵ ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 181.

³¹⁶ Também neste mérito, Fábio Martins de Andrade defende a ideia de que a mídia também teria o poder de ao demonizar algumas classes sociais, acabar criando estereótipos de criminosos, fato que também geraria por consequência, a exclusão do outro na sociedade. ANDRADE, Fábio Martins de. Op. cit. p. 166.

Nada obstante, é necessário advertir que essa potencialidade criminógena que as matérias midiáticas podem trazer em seu bojo se mostra mais presente na forma sensacionalista³¹⁷ de divulgar fatos que gravitam em torno de fatos delituosos do meio social.

Assim, analisar a forma sensacionalista de divulgar as notícias e construir as matérias em volta dos crimes conduz a compreensão de como e por que razão o clamor punitivo se enraíza tão forte e rapidamente na mentalidade dos cidadãos.³¹⁸

Isto porque, percebe-se, atualmente, que existem vários canais midiáticos que produzem a informação, por meio de uma produção sensacionalista, que se utilizando da violência, bem como da miséria humana, ora dramatizam, ora espetacularizam, ora divulgam, reiteradamente, fatos criminosos.³¹⁹

Nesta senda, vislumbra-se no sensacionalismo a presença de algumas características peculiares que delimitam bem essa maneira de realizar comunicação: a presença de uma linguagem “clichê”, a divulgação das matérias por meio de um viés maniqueísta, a dramatização da notícia veiculada e a supervalorização ou hipervalorização dos fatos que são noticiados.

A linguagem sensacionalista leva o leitor a se envolver emocionalmente com o texto, chegando, inclusive, a se utilizar de informações que contribuem para criar expectativas fantasiosas.

Trata-se de uma linguagem que pode ser denominada como “clichê”, por provocar emoções e envolver o destinatário, impressionando-o. Tal linguagem se contrapõe àquela que atende por “sínica”, a qual pode ser entendida como a que separa o sujeito do objeto, fato que não ocorre na linguagem “clichê”, que é capaz de fazer o leitor se colocar na posição dos personagens, sobre os quais giram a matéria jornalística.³²⁰

Nesta zona de compreensão da matéria, vale construir um paralelo com o tema abordado no primeiro capítulo desta obra, por perceber-se que a população vê-se atraída por

³¹⁷ Entende-se por sensacionalismo o modo de transmitir um fato jornalístico, tornando-o sensacional, utilizando-se para tanto de um tom espalhafatoso, escandaloso. Em última análise, pode-se dizer que uma produção sensacionalista extrapola o real, porque superdimensiona o fato. ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa**. 2. ed. São Paulo: Summus, 1995, p. 16.

³¹⁸ Como medida de contraposição ao estímulo da violência pelos meios de comunicação de massa, merece alusão a pesquisa realizada pela Socióloga Ruth Vasconcelos, especialmente, pela descrição do trabalho desenvolvido pelo Conselho Estadual de Justiça e Segurança Pública de Alagoas, que em junho de 2011, buscou envidar esforços, como, por exemplo, reunião com instituições de telecomunicações, parcerias e escuta de opiniões com órgãos representativos do povo, atividades que resultaram na edição de Decreto Estadual, que proibia a divulgação de imagens de violência pela televisão. Conquanto, a medida possa ser enxergada com bons olhos, segundo a autora, a resolução não fora, efetivamente, cumprida, quando da época da elaboração de sua pesquisa (ano de 2006). In: VASCONCELOS, Ruth. **O “reverso da moeda”**: a rede de movimentos sociais contra a violência em Alagoas. Maceió: EDUFAL, 2006, p. 83-84.

³¹⁹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 73.

³²⁰ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit. 108-118.

uma literatura *light*, onde o uso de imagens³²¹ é mais privilegiado do que a profundidade de textos.

Diz-se isso porque referido modo textual aproxima-se da literatura “clichê”, uma vez que o uso de imagens e frases impactantes, dramatizantes e superficiais, não tem o condão de apresentar uma gama de informações para o leitor formar sua opinião, pois essa, não raras vezes, acaba sendo feita, com base em frases simplórias, acompanhadas de imagens que falam muito, mas oferecem poucos recursos para um posterior juízo crítico e aprofundado pelo receptor da mensagem.

É perceptível ainda, que divulgações deste jaez vem alcançando especial atenção do público que passa a consumir tais notícias, mediante uma forma maniqueísta, segundo entende Raphael Boldt³²².

Isto porque personagens vilões e heróis são exibidos. Lado bom e o mau são criados, em meio a histórias que surgem, além de conter distorção de fatos, implantação de impacto no público, o que contribui para trazer uma ideologia de medo e insegurança, consoante anota Fábio Andrade Martins³²³, envolvendo assim o telespectador como se fosse uma história de novela, onde a cada dia se conta um capítulo diferente.³²⁴

É que o viés maniqueísta, peculiar à publicidade sensacionalista, à medida que explora as emoções, dramatizando os fatos, envolve os receptores da mensagem, a ponto de incutir nestes a ideia de existir, nos termos em que são noticiados os fatos, a presença de dois personagens que representam, nitidamente, lados opostos (do bem e do mal) de um enredo repleto de surpresas e nuances.

Transportando esse perfil sensacionalista para o campo da publicidade dos fatos que circunda uma notícia sobre violência e criminalidade, há que se fazer alusão às palavras do jurista Raphael Boldt porque parecem transparecer o que acontece neste tema em particular:

Partindo de uma perspectiva maniqueísta da realidade, esse discurso simplista e reducionista assevera que a violência dos ‘bandidos’, verdadeiros vilões sociais, só pode ser controlada por meio de leis mais severas, que imponham longas penas privativas de liberdade e a restrição de direitos e garantias fundamentais.³²⁵

Assim, colocar os expectadores na posição de personagens³²⁶ do caso, na maioria das vezes, assumindo a situação da vítima, faz nascer no íntimo daqueles que recebem a notícia,

³²¹ ANDRADE, Fábio Martins de. Op. cit. p. 205.

³²² BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 91.

³²³ ANDRADE, Fábio Martins de. A influência da mídia... Op. cit. p. 484.

³²⁴ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit. pp. 40-41.

³²⁵ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 106.

³²⁶ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. p. 11.

um sentimento de indignação, bem como de sede por justiça, fato que conduz ao surgimento de impulsos rumo a necessidades de mudanças urgentes e efetivas.

A respeito dos contornos midiáticos imprimido nas notícias e publicações em volta do crime, merece ser transcrita a percepção de Cernelutti³²⁷:

O problema é que as pessoas assistem ao processo como se assistissem a um filme, em uma sessão de cinema: agem como se o delito e o Processo Penal não tivessem qualquer relação com pessoas nem com fatos, mas só com personagens, como nos filmes [...].

Noutro vértice, verifica-se que também se encontra presente nesta forma de mediatizar, através do sensacionalismo, a presença da dramatização de notícias que giram em torno de crimes que chocam a população, uma vez que, hoje em dia, é comum encontrar programas televisivos e manchetes de jornais que fazem uma verdadeira teatralização dos fatos, os quais gravitam em torno dos crimes que mais retiram a atenção da sociedade, como é o caso dos homicídios, por exemplo.

A dramatização da notícia, como no caso da morte, tem o condão de submetê-la a um verdadeiro “espetáculo”³²⁸, que rende a audiência do público, fato que seduz a atração da população, que tem contato com o referido tipo de publicidade, haja vista a comum construção de um enredo em torno do crime.

Assim, presenciam-se, dia após dia, shows midiáticos, que tornam as notícias verdadeiros espetáculos, levando entretenimento ao público.³²⁹ Tal situação não se desenha de maneira diferente, quando o assunto é a divulgação da violência e da criminalidade.

A alusão a esse ponto revela-se importante, porque diversas matérias jornalísticas que exploram o cenário do crime, notadamente, de delitos, que geram um maior impacto, por sua gravidade ou pelo drama que tenham o condão de despertar, apresentam traços sensacionalistas, razão pela qual tendem a ganhar a atenção do público.³³⁰

Segundo leciona Danilo Angrimini³³¹, pode-se entender por sensacionalismo o modo de transmitir um fato jornalístico, tornando-o sensacional, utilizando-se para tanto de um tom espalhafatoso, escandaloso, apto a gerar, por exemplo, comoção social, identificação do expectador com as pessoas envolvidas na notícia.

Vale-se ainda de uma linguagem clichê, maniqueísta, onde partes e lados de uma mesma história são apresentados ao público, que se envolve emocionalmente com o que

³²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p. 11.

³²⁸ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 56. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Op. cit. p. 126-127.

³²⁹ SODRÉ, Luiz. **Sociedade, Mídia e Violência**. Porto Alegre: Sulina: Edipucrs, 2002, p. 12.

³³⁰ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit, p. 16.

³³¹ Ibidem, p. 16.

noticiado. Em última análise, pode-se dizer que uma produção sensacionalista extrapola o real, porque superdimensiona o fato.

A identificação que é gerada, na maioria das vezes, com a vítima, através da teatralização das notícias, a qual é explorada simbolicamente, a fim de representar a sujeição passiva de todos à criminalidade, gera também na população toda uma comoção social, que se amalgama com a sensação de medo e de insegurança, difundida no público.³³²

Esse cenário, portanto, desemboca, por consequência, no clamor por mudanças, uma vez que o público, já vitimado e amedrontado com o bombardeio de notícias que despertam medo e insegurança social, passa a clamar por mudanças, a fim de que se elimine toda sorte de vilões que representem ou causem perigo para a sociedade, fenômeno que fora muito bem percebido por David Garland³³³:

[...] Os sentimentos das vítimas, das famílias das vítimas ou de um público aviltado e temeroso são agora rotineiramente invocados em apoio às novas leis e políticas penais. Houve uma mudança notável no tom do discurso oficial. [...] A vítima não é mais um cidadão desafortunado, atingido pelo crime, e cujos interesses se subsumem ao ‘interesse público’ que guia os órgãos acusatórios e as decisões penais do Estado. A vítima é agora, de certo modo, um personagem muito mais representativo, cuja experiência é projetada para o comum e o coletivo, em lugar de ser considerada individual e atípica. [...] Imagens publicadas de vítimas reais servem de metonímia personalizada da vida real, do ‘poderia ter sido você’, relacionada ao problema de segurança que se tornou um componente decisivo da cultura contemporânea.

A identificação com a vítima – como sendo uma figura que representa uma carga de sentimento de sujeição, de vulnerabilidade – provoca uma sensação de se estar suscetível a padecer de algum perigo, de modo que tal acepção, uma vez encarnada no seio social, conduz aos pânicos morais³³⁴ ou quando menos ao sentimento de revolta com o crime, de tão forte que se faz no meio da população.³³⁵

Acrescente-se ainda, que a hipervalorização de um fato, notadamente, mediante a reiteração da notícia, durante vários dias e com uma mesma conotação acentuada fomenta no público também a acepção de medo e insegurança, levando-o a clamar pela aplicação de medidas, as quais possam conter tais problemas. Tal reivindicação, não raras vezes, se dá

³³² GARLAND, David. Op. cit. p. 25.

³³³ GARLAND, David. Op. cit. p. 52.

³³⁴ A expressão “pânico moral” é normalmente utilizada por autores que estudam o fenômeno do punivismo, entre eles, destaca-se a obra de Salo de Carvalho e de Raphael Boldt. Cf. in: CARVALHO, SALO DE. Op. cit. p. 07. BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 73.

³³⁵ Há que se destacar, o que pontua Molina, por reconhecer também que no âmbito dos estudos criminológicos, a vitimologia cresceu bastante e passou a ocupar um local de destaque, inclusive, o próprio conceito de vítima e sua relação com o delinquente tem mudado. MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. Lei dos Juizados Especiais Criminais. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 80-81.

através de formas que demonstrem gozar de certeza, quanto à proteção, conforme observou David Garland³³⁶:

A percepção de um público amedrontado e revoltado teve grande impacto no tipo e no conteúdo das políticas, nos anos recentes. O crime foi redramatizado. A imagem aceita, própria da época do bem-estar, do delinquente como um sujeito necessitado, desfavorecido, agora desapareceu. [...] o novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e de proteção.

Dessa maneira, crimes que denotam uma séria gravidade, por exemplo, muito embora possam ser esporádicos, com a hiper-midiatização passam a ser vistos como situações que poderão vir a ocorrer em qualquer momento, fazendo como vítima, qualquer um dos indivíduos que compõem o grande público.

A reiteração dos fatos, portanto, os quais circundam uma situação que denota perigo no meio social tem o condão de também alimentar no imaginário coletivo a exigência de uma nova postura por parte do Estado, no que diz respeito ao combate a todo aquele que represente risco à sociedade.

Nesse norte, depara-se com cenário no panorama brasileiro, que é o desencadear de uma sensação geral de insegurança, a partir da análise de um fato singular, que uma vez hipervalorizado tem o condão de ser explorado e divulgado com tal dimensão e sentido, senão veja-se o que afirma Salo de Carvalho³³⁷:

[...] a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores de opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo.

Ademais, seguindo essa esteira, verifica-se ainda que medidas repressivas ganham atenção especial, nos reclamos que partem da população, exatamente por se cultuar que propostas desse tipo poderão lograr atingir o resultado que se espera.

Com efeito, vislumbra-se ainda que os termos e expressões utilizadas para preencher o conteúdo dessa forma de noticiar uma matéria também colaboram com a onda de punitivismo, uma vez que, como percebe Boldt³³⁸, é lugar comum deparar-se com manchetes que “[...] para resolver o problema da criminalidade, difunde-se e legitima-se a ideia de que ‘todo bandido deveria morrer’, de que ‘temos que aumentar as penas dos crimes’, ‘criar leis mais rígidas’,

³³⁶ GARLAND, David. Op. cit. p. 54.

³³⁷ CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 14.

³³⁸ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 63.

‘instituir a pena de morte’ e, quem sabe, ‘jogar uma bomba nas favelas’”, fato que só alimenta os impulsos repressivos e punitivos do público.

É justamente por haver uma abordagem comunicativa com essas características que os discursos midiáticos têm o condão de instituir o punitivismo, dado a potencialidade de construção da realidade, como acentua Zaffaroni³³⁹, fato que contribui para fomentar a demanda generalizada por punição, aproveitando-se da fragilidade e da ânsia por respostas imediatistas e repressivas exigidas pelo público.

Nesse aspecto, Zaffaroni é enfático ao ponto de asseverar que os comunicação de massa tem o condão de “construir a realidade”, cite-se, a título de exemplo, a capacidade seletiva dos “*Mass Media*” de escolher quais notícias advirá ao público, bem como a forma como a reprodução da notícia se encontrará revestida, com a criação de estereótipos criminosos, que só aumenta a indignação moral no público.³⁴⁰

Já David Garland³⁴¹ parece ter um posicionamento mais cauteloso acerca da influência dos *Mass Media* na expansão punitiva, por compreender que a mídia não teria o condão de “produzir” (no sentido de criar, inventar, fazer nascer) o interesse da sociedade pelo crime ou até mesmo pelo punitivismo popular.

Todavia, para esse autor, os meios de comunicação de massa conseguiriam, na verdade, “reforçar” este fenômeno, porquanto dramatizam e reiteram, por meio de programas, imagens e publicidades em geral, uma experiência sentida pela coletividade, dado o contato rotineiro com delitos que lhe amedrontam.

No tocante, a este sintoma, Boldt³⁴² destaca que os “*Mass Media*”, certamente, contam com a seletividade da notícia, especialmente, do delito a ser o foco de matérias jornalísticas, a forma de interpretar o crime, o tipo de vítima a ser explorado, entre outras nuances peculiares da cena delituosa, concatenadas com o fito de serem veiculadas, no caso das mídias sensacionalistas, sob os contornos já aludidos.

Entretanto, a possibilidade de manipular a notícia para se robustecer um pensamento ideológico³⁴³ ou político, sobretudo a depender do grau em que isso é realizado, faz com que os meios de comunicação rompam com a objetividade e imparcialidade³⁴⁴ que se espera de

³³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Op. cit., p. 131.

³⁴⁰ Ibidem, p. 131.

³⁴¹ GARLAND, David. Op. cit. p. 338. Neste mesmo sentido: BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 63.

³⁴² BOLDT, Raphael. Op. ci. p. 80-81.

³⁴³ CERQUEIRA, Átilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. (ano 2002). Curitiba: Juruá, 2006, p. 79.

³⁴⁴ TÓFOLI, Luciene. **Ética no Jornalismo**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008, pp. 38-45. Vale aludir ainda ao que prevê o art. 13 do Código de Ética endereçado aos Jornalistas: Art. 13 - O jornalista deve evitar a

uma Instituição, que tem por função noticiar ao público os fatos que ocorrem na sociedade, para que esta, ao tomar conhecimento do que acontece em seu espaço, construa suas respectivas opiniões e posicionamentos acerca das temáticas que envolvem seu cotidiano.

Assim, o tom sugestivo de que: a criminalidade assola a população; o sentimento de insegurança é geral, necessitando, portanto, que alguma medida seja tomada de forma rápida e incisiva, leva a crer que os meios comumente empregados não estão sendo suficientes para reduzir a criminalidade. Acontece, porém, que tal panorama acaba fomentando a ânsia por respostas repressivas, onde o direito penal é recordado como instrumento a ser utilizado pelo Estado para combater o que por ventura ameasse a sociedade.

O que se revela possível intuir é que a influência da mídia na alimentação da onda de punitivismo, seja desde seu nascedouro, seja com o reforço a pauta punitiva repressiva, reside, exatamente, na potencialidade que esta instituição tem, de utilizar recursos e meios tecnológicos e intelectuais que dispõe, para direcionar a massa numa mentalidade ou opinião específica, valendo-se, para tanto, de uma comunicação tendenciosa, tal como entende André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wemuth³⁴⁵, ao refletirem que:

O perigo decorrente disso é justamente o fato de que a mídia de massa impõe ao conjunto da sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os ‘problemas sociais’, fruto de uma lógica mercadológica que busca a todo custo, pela audiência, ou seja, pelo sucesso comercial.

Assim, tem-se que um dos motivos para que o expansionismo punitivo ganhe considerável destaque, passa pelo papel desempenhado pelos órgãos de comunicação de massa, pois quando publicam fatos, que normalmente gravitam em torno de crimes, sobretudo mediante um tom sensacionalista, acabam colaborando, senão para criar ou quando menos, para reforçar os discursos pela expansão do poder punitivo e flexibilização de direitos e garantias fundamentais.³⁴⁶

De toda forma, ante os pontos eleitos para delinear a configuração dessa expansão punitiva, ao longo do presente capítulo, denota-se que tal fenômeno contemporâneo procura alargar o campo de atuação do direito penal, especialmente através de táticas que intensificam o tratamento endereçado a delitos, que este ramo do direito já tem por costume criminalizar.

Tal fenômeno, como vislumbrado ao longo do capítulo anterior, expressa as características da sociedade contemporânea amedrontada, acelerada e imediatista, que diante

divulgação de fatos: a) Com interesse de favorecimento pessoal ou vantagens econômicas. b) **De caráter mórbido e contrários aos valores humanos.**

³⁴⁵ CALLEGARI, André Luís; WEMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

³⁴⁶ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 54.

dos problemas e tensões, as quais a deixam insegura cogitam rapidamente no direito penal, a via que trará as soluções prontas e acabadas para enfrentar as fontes dessas ameaças.

Assim, visando dar mais concretude ao que se narrou até então, toma-se para análise a PEC nº 171/1993 (a qual expressa, contemporaneamente, os sintomas da expansão punitiva intensiva), haja vista colimar a redução da maioria penal, expandindo, portanto, a responsabilização penal de adolescentes que estejam em conflito com a lei, justamente, com a finalidade de descrever os principais efeitos decorrentes da correspondência à vontade de punir, que se assiste hoje em dia.

5 A DEFESA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO EXPRESSIVIDADE DO EXPANSIONISMO PUNITIVO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS DECORRENTES DA EXPANSÃO PUNITIVO-INTENSIVA

“O que sabemos é uma gota, o que ignoramos é um oceano.”
(NEWTON, Isaac)

5.1 Os discursos em torno da PEC 171/93 como expressividade das características do expansionismo punitivo contemporâneo

Uma vez configurados os principais traços que delineiam a expansão punitiva, descortina-se o presente capítulo para analisar as consequências, eleitas preponderantes, que decorrem deste fenômeno, haja vista que muitos desses efeitos se apresentam como situações que derivam ou se encontram umbilicalmente ligadas à expansão punitiva.

Diz-se isso porque, como o primeiro capítulo deixou transparecer, o movimento pela intensificação da punição no direito penal não encerra sua abrangência no ato de punir em si, tendo por área de concentração tanto situações que antecedem à criminalização de uma conduta, como momentos posteriores à condenação.

Assim, faz-se necessário pontuar os efeitos que a adoção de uma mentalidade acentuadamente punitiva pode acarretar, pois boa parte desses, a própria sociedade aparenta desconhecer. Urge, portanto, que referidos pontos sejam abordados, a fim de ampliar os debates gravitantes em torno do punitivismo contemporâneo, sobretudo considerando que determinadas situações expostas a seguir nem sempre são objeto de divulgação ao grande público.

Os fenômenos explorados neste capítulo, ora políticos, ora sociológicos, ora jurídicos, servem de mote para inúmeras discussões, de sorte que o presente estudo tenciona ser um contributo no sentido de esclarecer alguns pontos obscuros ou que passam despercebidos, quando se trata de expansão punitiva.

Assim, tomam-se por referência os discursos sobre a PEC 171/93 (a qual busca a redução da maioridade penal) – muito embora não se desconsidere que tal como este assunto, inúmeras manifestações da expansão punitiva se configuram no cenário social – justamente, porque esta temática expressa, concreta e atualmente, uma das formas da expansão punitiva, mormente em seu aspecto intensivo, a se manifestar na sociedade contemporânea, servindo de exemplo para demonstrar tanto as características da expansão punitiva, quanto os efeitos da adoção de medidas e propostas que gravitam em torno do tema.

A referida PEC, que já se protraí por décadas no legislativo nacional, vem sendo suscetível de diversas emendas; nada obstante do seu texto originário, permanece o intento em reduzir o limite etário para fins de responsabilidade criminal, senão veja-se o texto inicial:

PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Nº171, DE 1993

(Do Sr. Benedito Domingos)

Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal

(imputabilidade penal do maior de dezesseis anos)

(APENSE-SE À PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N 914, DE 1989)

As Mesas da Câmara Dos Deputados E do Senado Federal nos termos do Art. 60 da Constituição Federal,

Promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1

- O Art. 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de parágrafo único e com a seguinte redação:

Art. 228 São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 2 Esta emenda entra em vigor na data sua publicação. [...] ³⁴⁷

De todo modo, é sabido que os atos infracionais praticados pelos adolescentes vêm crescendo nas últimas décadas³⁴⁸, fato que tem acarretado a movimentação de muitos para adotar medidas, a fim de conter este quadro, que como se sabe, amedronta a sociedade, haja vista que muitos são praticados em ambientes públicos, por vezes em plena luz do dia.

Um dos meios encontrados para lidar com a criminalidade que advém dos adolescentes em conflito com a lei se verifica no supracitado intento de se modificar a legislação nacional, a fim de reduzir a idade que serve de marco para responsabilidade penal, havendo quem defenda essa redução de 18 anos para 16, ou até mesmo 14 anos de idade (como prefere alguns), com a finalidade de que o adolescente possa responder por suas infrações, tal como os demais adultos.

No entanto, cabe ressaltar que embora o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) discipline a aplicação de medidas socioeducativas para as crianças e adolescentes que pratiquem atos positivados como delitos, conforme se extrai do art. 103³⁴⁹, 104³⁵⁰ e 105³⁵¹ do aludido diploma normativo, denotando, pois, que o Estado dá uma resposta aos atos ilícitos praticados por tais sujeitos; verifica-se que parcela da sociedade, ainda assim, exigindo uma punição mais rigorosa a esses indivíduos.

³⁴⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>. Acesso em: 28.05.2016.

³⁴⁸ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional...* Op. cit. p. 204.

³⁴⁹ Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

³⁵⁰ Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

³⁵¹ Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

Conquanto tal sistema se mostre amplo, haja vista prever diversas medidas com esse caráter, inclusive contando com todas as garantias e direitos que possam ser estendidos a tais indivíduos, verifica-se, por outro rumo, que a sociedade vem entendendo ser insuficiente tal resposta, pois almeja a vida punitiva tradicional, já que o prazo máximo de internação – medida socioeducativa privativa de liberdade de maior rigor –, por exemplo, atinge o tempo máximo de 3 (três) anos apenas.³⁵²

Isso se explica porque a natureza jurídica e até mesmo nível de rigorosidade das medidas socioeducativas difere, consideravelmente, daquela que particulariza a punição tradicional para adultos.³⁵³ Ademais, enquanto o sistema socioeducativo detém em seu bojo medidas assaz inspiradas pelo princípio da proteção absoluta e prioritária à criança e ao adolescente³⁵⁴ – o qual almeja, *v.g.*, o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários da criança e do adolescente – o sistema carcerário, por seu turno, não se vê imbuído por tal desiderato; pelo contrário, possui uma natureza eminentemente punitiva, além de seguir uma lógica bem diversa daquela insculpida na legislação tutelar, especialmente nos princípios do art. 100 do Estatuto.³⁵⁵

³⁵² Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
[...]

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

³⁵³ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **As alternativas às penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p227>, passim. Acesso em: 30.03.2016.

³⁵⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³⁵⁵ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e

Ora, essa simples diferença tão só demonstra um fator particular presente nas normas que regulamentam a resposta estatal para crianças e adolescentes, que é justamente a finalidade para a qual a legislação que disciplina a responsabilidade desses sujeitos fora criada, qual seja, proteger tais indivíduos e favorecer seu desenvolvimento biológico, psíquico e social, pois, até mesmo a razão de ser da medida socioeducativa almeja tal finalidade, encontrando-se ainda perpassada pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente acolhida no Texto Constitucional, especialmente, em seu art. 227.

Todavia, importa frisar que, ao menos na realidade brasileira, vislumbra-se que o sistema socioeducativo é tão desestruturado quanto o prisional. Basta fazer alusão à falta de investimento financeiro e pessoal nas instituições que buscam lidar com as crianças e adolescentes em conflito com a lei, levando-as a se assemelharem a uma espécie de prisão-mirim.

Assim, revela-se possível afirmar que tanto existe uma resposta estatal para crianças e adolescentes que estão em conflito com a lei (muito embora exista um mito de que tais indivíduos não seriam responsabilizados), como também se pode asseverar, mormente diante da negligência do Estado para com esses sujeitos, que existe uma autêntica punição na prática.

Vale registrar que essa mentalidade punitiva fez reaparecer com mais força no cenário brasileiro a Proposta de Emenda Constitucional nº 171/93, a qual tenciona a redução da maioridade penal. Num breve histórico, calha informar que essa PEC fora apresentada, inicialmente, pelo ex-deputado Benedito Domingos, ainda no ano de 1993, a qual veio a ser sucedida por dezenas de outras, que tem por objetivo incomum alterar o art. 228 do Texto Constitucional, com o fito de reduzir a idade mínima ali prevista para aquisição da maioridade penal.

Segundo recente exposição, publicada em março de 2015, o Relator da suscitada proposta, o Deputado Luiz Albuquerque Couto, pontua que “[...] a alentada justificação que acompanha a proposta destaca que a conceituação da inimputabilidade penal, no direito

do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta; XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

brasileiro, tem como fundamento básico a presunção legal de menoridade e seus efeitos, na fixação da capacidade para entendimento do ato delituoso”.³⁵⁶

Observou o Relator que, desde a propositura da PEC nº 171/1993, havia justificação para sua existência, porque já se registrava, como fato preocupante, o crescente aumento do número de delitos praticados por crianças e adolescentes.

Em geral, o argumento de que tal medida é necessária está amparado na inteligência de que a população se encontra cada vez mais insegura, amedrontada, carecendo que algo seja posto em prática para deixá-la mais tranquila, o que, nesse caso, seria a sanção penal, a qual é vista como saída para recrudesce a responsabilidade penal, por se creditar que esta implantação solucionará os incômodos por que padece a população.

Ainda segundo o Deputado Luiz Albuquerque, veio se compreendendo, ao longo dos últimos anos, que o “[...] acesso à informação, a liberdade de imprensa, a ausência de censura prévia, a liberação sexual, dentre outros fatores, aumentaram o discernimento dos jovens para compreender o caráter de licitude ou ilicitude dos atos que praticam, sendo razoável, segundo a linha de argumentação desenvolvida na justificação da proposta, que possam ser responsabilizados por eles.”.

Nada obstante, existam tais razões para se justificar o recrudesce da responsabilidade penal dos adolescentes, enxerga-se, por outro lado, que muitos argumentos que dizem respeito a esta temática, consoante aponta a psicologia jurídica contemporânea, representada pelas doutrinas de Paula Inez Cunha, Raphaella Ropelato e Marina Pires Alves³⁵⁷, passam ao largo de constatações empíricas sobre o tema.

Isto porque, muito embora tenha se mostrado crescente dados empíricos e pesquisas que relevam tanto a porcentagem de crimes praticados pelas crianças e adolescentes – que não atinge a monta que, por vezes, se imagina representar – bem como informações que ampliam os horizontes do assunto, tais dados nem sempre se encontram presentes nas discussões que envolvem a matéria.

Segundo Contardo Calligaris, conquanto existam opiniões no sentido de que os jovens de hoje amadurecem mais rápido do que em décadas passadas; o movimento é justamente o contrário, já que os adolescentes de agora são infantilizados, por vezes, privados de deveres e

³⁵⁶Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9BE13600502CBF0BC6F245477668E8AE.proposicoesWeb2?codteor=1309494&filename=Tramitacao-PEC+171/1993. Acesso em: 24.09.2015.

³⁵⁷CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella. ALVES, Marina Pires. **A Redução da Maioridade Penal: Questões Teóricas e Empíricas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a11.pdf>. Acesso em: 24.09.2015, p. 653-654.

responsabilidades³⁵⁸, o que acarreta uma não abertura para questões fundamentais da vida de um sujeito.

Se integralmente acertado ou não, o fato é que o pensamento desse psicanalista procura fazer menção a perspectivas que representam o outro lado da moeda, nem sempre objeto de apreciação pelo público contemporâneo, haja vista que a sociedade de hoje se pauta por informações rasantes, que não vislumbram determinado problema, especialmente os mais complexos, com a amplitude que detém.

Ora, contradições desse naipe tão somente denunciam um fator presente na sociedade contemporânea: o fato das pessoas, hoje em dia, fundamentarem seus argumentos e visões de mundo de modo superficial, líquido, fugaz, exatamente por se basearem numa literatura *light*, de baixa densidade analítica, o que leva muitos, até mesmo representantes políticos, sustentarem pontos de vista, ignorando questões mais profundas, que demandam uma análise do problema de modo mais amplo e, sobretudo, demorado.

Tem-se notado que reivindicações oriundas do senso comum, para além de inspirarem projetos de lei tendentes a incrementar o ato de punir, adentram nas câmaras legislativas sem ganharem, muitas vezes, a amplitude e a densidade necessárias para tornar-se uma lei, muito embora segundo o processo constitucional brasileiro, dever-se-ia oportunizar o máximo de espaço para as discussões que importam a sociedade.

Para além de um embasamento firmado em visões fragmentadas ou superficiais de um problema que se mostra amplo, haja vista que além de envolver diversas searas jurídicas, tangenciam também o campo da pedagogia, psicologia, seara familiar, vislumbra-se ainda, que existe uma ignorância quanto a dados que alertam as causas e consequências das infrações dos adolescentes e sua posterior punição nessas searas da vida do indivíduo, temas estes que conduzem necessariamente à amplitude do debate, o qual se mostra fundamental em situações desse jaez.

A discussão em torno da própria pena, por vezes, não se encontra imune a essa realidade; pelo contrário, queda-se fragmentada, considerando que, normalmente, a discussão em torno da redução da maioria penal gravita na oscilação “punir” ou “não punir”.

Todavia, quando o assunto consegue ocupar mais tempo para debate, vai se mostrando complexo, isso dentro do próprio campo do direito, porque, como já analisado alhures, a pena se encontrada coligada com outras normas, muitas delas que a balizam, além do que múltiplos efeitos podem insurgir com o uso desta, os quais devem ser sopesados ainda em sede de

³⁵⁸CALLIGARIS, Contardo. **A Maioridade Penal.** Disponível em: <http://www.rplib.com.br/index.php/artigos/item/4847-a-maioridade-penal>. Acesso em: 09 de janeiro de 2016.

proposta de recrudescimento do seu uso, para se não frear, ao menos, advertir as potenciais consequências de sua utilização.

Ademais, a aceleração da vida cotidiana – a qual atinge o modo das pessoas se comunicarem – influencia os debates contemporâneos, veja-se a discussão em torno da maioria penal. De forma semelhante aconteceu também quando da tramitação do Projeto de Lei que culminou na aprovação da Lei dos Crimes Hediondos.

Consoante registra Luiz Guilherme Mendes de Paiva³⁵⁹, naquela oportunidade, em diversos momentos, questões caras à aprovação daquela lei não foram enfrentadas com primazia, o que levou a função simbólica do direito penal suplantar discussões fundamentais que o projeto de lei comportava, senão veja-se o relato deste jurista:

De fato, a Lei dos Crimes Hediondos foi tida como uma pronta resposta à sociedade, que esperava pela atuação firme de seus representantes no combate à criminalidade. A discussão sobre o real alcance das medidas aprovadas naquele momento foi colocada em segundo plano, o que reforça a conclusão de que o caráter simbólico da medida permeou todo o processo legislativo nesse caso concreto.

A título de registro, o resultado foi a aprovação desse projeto de lei, que culminou com a promulgação da conhecida Lei dos Crimes Hediondos, a qual embora tenha sido recepcionada pelo ordenamento jurídico, mais tarde teve sua inconstitucionalidade declarada em parte.

Isso porque essa lei impossibilitava a progressão de regime para os indivíduos que praticassem os crimes tipificados nesse diploma normativo, oportunidade em que, um fundamento caro ao direito penal, qual seja, princípio constitucional penal da humanidade, frenou um dispositivo legal que representa bem os traços da expansão punitivos, intensivos e arraigados na lei penal.

Por mais que o princípio da humanidade já fosse consabido por todos, ser um princípio insculpido no Texto Constitucional, limitador das penas (mormente porque este princípio veda penas de caráter perpétuo, e a impossibilidade de progressão de regimes para esses delitos, transformara a pena privativa de liberdade respectiva numa espécie de pena deste jaez), verdadeira garantia fundamental do cidadão, pareceu não ter sido levado para debate, quando se discutia o suscitado projeto.

O fato é que podem vir a ocorrer situações deste tipo, no que diz respeito à aprovação da PEC N. 171/93 tendente a reduzir a maioria penal, porquanto as vozes no sentido de apenas efetivamente os adolescentes, ao invés de aplicar as normas do sistema socioeducativo

³⁵⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas: a racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 153.

não se encontram adormecidas, muitas vezes, passando ao largo do crivo de dispositivos constitucionais que regulamentam a matéria, como é o caso do art. 228 da Constituição Federal³⁶⁰ (visto por alguns juristas como verdadeira cláusula pétrea do ordenamento jurídico), bem como o conjunto de garantias insculpidas na Carta Magna de 1988, a qual funciona como limite e vetor ao direito penal, considerando a qualidade da íntima relação que existe entre este ramo e a Constituição.

Ante a temática discorrida acima, percebe-se que o modo de ser instantâneo e dinâmico dos instrumentos utilizados no cotidiano atingiu a sociedade de tal modo, a ponto de guiar e interferir as relações sociais mais mezinhas, inclusive a ponto de estar se transportando para influenciar também em temas, que, naturalmente, demandam um pouco mais de tempo, desgaste intelectual, confronto de teses, sopesamento de perspectivas, potenciais efeitos das medidas a serem adotadas, estudos de impacto social da legislação, entre outras nuances, que fazem com que a resposta rápida não venha na velocidade que se espera.

Ressalta-se que também neste cenário, os meios de comunicação de massa, sobretudo aqueles que se pautam pelo sensacionalismo, por vezes, superdimensionam as notícias em torno dos delitos praticados por adolescentes, típica veiculação de notícia que termina por confundir o público, quanto a questões técnicas importantes a esta temática.

Citem-se, a título de exemplo, as matérias jornalísticas tendentes a passar uma ideia de que os adolescentes infratores não sofreriam qualquer tipo de resposta por parte do Estado, daí o esforço de estudiosos, como Paula Inez Cunha, Raphaella Ropelato e Marina Pires Alves³⁶¹, a fim de demonstrar que existe responsabilidade para tais indivíduos, porquanto respondem pelo cometimento de ato infracional por meio de medidas socioeducativas, não havendo o que se falar em impunidade, situação de ausência de resposta ou consequência jurídica para alguém que cometera uma ilicitude, fenômeno que parece ser indicado em muitas publicidades, ocorrência que, fática e tecnicamente destoa do conceito de imputabilidade que, por sua vez, significa a plena capacidade de culpabilidade, “entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte de responsabilidade criminal”³⁶².

Tal a confusão entre imputabilidade e impunidade relaciona-se com o que fora pontuado por Berger³⁶³, ainda no capítulo II, quando faz alusão ao fato de que a mídia, ao veicular notícias que envolvem determinados termos técnicos (imagine-se termos técnicos

³⁶⁰ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

³⁶¹ CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella. ALVES, Marina Pires. Op. cit. p. 649.

³⁶² REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Op. cit. p. 376.

³⁶³ BERGER, Peter L; LUCKMAN, Thomas. Op. cit. p. 21.

jurídicos), os transmitem de forma popular, o que, por vezes, pode acarretar tanto a perda da técnica, como também o conteúdo que se pretende mostrar com determinada expressão.

Nesse interim, urge esclarecer que o Código Penal brasileiro adotou o sistema biológico³⁶⁴, para fins de critério que fixa a responsabilidade dos adolescentes e crianças que cometerem uma conduta ilícita, razão pela qual, segundo o art. 27 do Código Penal³⁶⁵ considera inimputável o sujeito que encontre com menos de 18 anos. No mesmo sentido, encontra-se o art. 228 da Constituição Federal.

Entendeu o legislador, ao fixar esta faixa etária, que ao atingir 18 anos, o indivíduo já teria alcançado um nível de maturidade humana tal, a ponto de se poder exigir dele um discernimento razoável quanto à ilicitude e licitude de uma conduta, bem como a capacidade de padecer de sanções penais, tal qual os demais adultos.

De todo modo, o que se tem por objetivo, ao se analisar as nuances que gravitam em torno da redução da maioridade penal, não compactua com qualquer tese que caminhe no sentido de negar às pessoas defenderem determinado ponto de vista, seja a favor ou não do objetivo da referida PEC 171/93, mas sim se procura demonstrar como este tema representa uma forma do expansionismo punitivo se expressar no Brasil, imprimindo um enfoque na problemática constitucional que envolve o objeto de estudo.

Nesse contexto, procura-se esclarecer de que maneira o incremento de ideias punitivas, bem como a correspondência aos anseios do expansionismo punitivo, intentadas por meio da redução da maioridade penal, terminam por contribuir para a permanência de problemas sociais que, paradoxalmente, a própria sociedade procura solucionar, como também para a criação de tantos outros.

Enfrentar com mais profundidade tais questões é tarefa que se faz imprescindível, porque tem a serventia de aludir à ocorrência de fenômenos paralelos que podem vir a acontecer, caso se corresponda, integralmente, às propostas expansivo-punitivas, além de conduzir à reflexão acerca de temas caros a sociedade que parece não se importar, ou, quando menos, conhecê-los, pois, nem sempre são explorados tanto quanto a criminalidade.

Ver-se-á que os reclamos sociais externados na vontade de punir oriunda da população, no caso específico da redução da maioridade penal, por exemplo, demonstram como a onda de punitivismo tem se revelado uma espécie de mote para se discutir problemas

³⁶⁴ REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Op. cit. p. 376.

³⁶⁵ Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

sérios por que vem passando a sociedade e que, de certa forma, se encontram coligados com a expansão punitiva.

Transformando referidos apontamentos numa simples metáfora, é como se a expansão punitiva tomasse a estrutura de uma ponta de “iceberg” que revela muitas outras nuances por trás, algumas das quais foram eleitas para serem esboçadas ao longo deste capítulo, justamente por se vislumbrar nelas autênticas consequências da correspondência aos incrementos punitivos que a demanda social por punição procura implantar.

Talvez, por se ter percebido esta intersecção de problemas, a proposta de emenda venha se arrastando durante décadas pelo Congresso Nacional, haja vista que insurgem movimentos em sua contrapartida, muitos deles embasados em fundamentos constitucionais do direito penal, que limitam o uso de uma lei desse tipo, para lidar com o problema das infrações praticadas pelos adolescentes.

Assim, com o objetivo de tecer considerações acerca de fenômenos decorrentes da expansão punitiva, serão problematizados, logo mais, o risco à abertura da legislação simbólica, o panorama da inflação legislativa, o oportunismo político, a projeção de figura inimiga em determinados perfis de pessoas, além do fenômeno correspondente ao encarceramento em massa, sem se desconsiderar a existência de outros relacionados à expansão punitiva.

5.2 O Risco do predomínio da Legislação Simbólica

O primeiro efeito da correspondência às reivindicações e propostas que brotam do expansionismo punitivo diz respeito ao aproveitamento do direito penal, tão somente sob uma perspectiva simbólica, considerando que, por vezes, a lei penal é vista como uma espécie de instrumento que o Estado estaria por se valer, com o fito principal de passar uma imagem de que estaria agindo para reparar a situação que urge ser tratada, tranquilizando a população.

A oportunidade para que a lei penal simbólica se instaure já começa quando se percebe que o medo de uma figura inimiga ou a insegurança disseminada entre as pessoas faz a população iniciar um clamor pela adoção de medidas que demandem menos tempo para serem implantadas (reflexo da insatisfação e medo de uma sociedade acelerada) sendo a mais imediata possível, com possibilidade de gerar resultados supostamente mais eficazes, despontando, neste particular, a preferência por uma lei penal.

Assim, o intuito é trazer ao mundo jurídico sanções de forte conteúdo repressivo, fato que, nessa perspectiva, poderia conter a criminalidade, a onda de violência e os indivíduos

que representam tais males, motivo pelo qual muitos representantes políticos acabam aderindo ao clamor popular e editando a lei pretendida, fato que pode ocorrer, no caso da redução da maioria penal, dado à forte pressão popular.

Nessa esteira, a reivindicação que desponta para análise diz respeito à necessidade de “novas leis”, ou de “leis mais duras”, “leis mais rígidas”, por se acreditar, normalmente, que mediante o recrudescimento da legislação penal ter-se-á resultados mais significativos no combate ao crime. Parte-se do pressuposto de que o problema da criminalidade se vê alimentado também pela acepção de existir uma fragilidade na legislação, a qual não teria a força necessária, apta a conter os criminosos que assolam a população.

Registre-se que tal costume não para de surgir, ainda hoje, haja vista os clamores por se alargar as margens de idade para fins de responsabilizar os adolescentes que cometam condutas tipificadas como delitos na lei penal. Ao que parece, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que já alberga medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei não corresponde ao que a mentalidade punitiva arraigada na sociedade tem expectado, haja vista que a exigência de se reduzir as margens de idade que delimitam a imputabilidade penal demonstra que a punição tem sido a solução primeira e até mesmo emergencial tida pela sociedade para lidar com os problemas que lhe afligem o seio social.

O fato é que este fenômeno tem contribuído para o desencadeamento do que vem se convencionando denominar de legislação simbólica³⁶⁶, consoante doutrina Marcelo Neves. Referido termo é empregado para aludir ao enfoque que a leis penais tem assumido na sociedade atual, haja vista ter se notado preponderante o caráter eminentemente simbólico da lei.

Isso porque, considerando que as legislações dessa natureza trazem consigo uma condição impositiva e coercitiva muito forte, imagina-se que uma vez sendo editadas, teriam o condão de servir como símbolo de força e resposta do Estado para conter a criminalidade, ficando a preocupação normativo-jurídica, por vezes, recaída em segundo plano e até mesmo, comprometida, dado as inconstitucionalidades, que algumas dessas medidas inseridas em tais diplomas normativos, em geral, padecem.

Tal realidade pode vir acontecer com a PEC nº 171/1993, segundo aqueles que pensam em via oposta, uma vez que, por haver previsão no Texto Constituinte, em seu art. 228, no sentido que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da

³⁶⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 26-30.

legislação especial, disposição que autores como Martinho Ciriaco de Matos³⁶⁷ e José Alberto Cavagnini³⁶⁸ entendem ser um direito individual das crianças e adolescentes, autêntica cláusula pétrea da Constituição, que não poderia ser restringida, poderia ser o fundamento necessário para se sustentar uma inconstitucionalidade frente ao objetivo intentado pela Emenda. De toda forma, quando se reporta ao problema da legislação simbólica no âmbito do direito penal especificamente, procura-se avaliar o simbolismo que as leis penais têm assumido no cenário moderno.

Marcelo Neves³⁶⁹ entende que de alguma maneira o direito sempre cumprirá uma função simbólica, sobressaindo em muitos casos sua dimensão instrumental. Nada obstante, para este autor, a legislação simbólica se configuraria, quando a prevalência do seu significado ‘político-ideológico’ latente estiver em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente. Nessa linha de pensamento, são palavras do autor: “[...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.

Essa mentalidade serve a uma perspectiva de que, com a legislação editada, os delinquentes se sentiriam inibidos de praticar novos crimes, e aqueles que vierem a ser capturados passariam a receber um tratamento mais duro, de modo a não voltarem a delinquir, ou seja, deposita-se a projeção de que através da intensificação das penas, ter-se-ia encontrado uma maneira de se alcançar segurança colimada pela população.³⁷⁰

O problema da legislação simbólica parece ter sido vislumbrado também por Raphael Boldt³⁷¹, pois esse jurista vê o fenômeno como resultado da projeção feita no direito penal, no sentido de ser um instrumento apto a solucionar os reclamos da população. Vejamos a reflexão tida por este jurista:

[...] a intervenção penal tem sido utilizada como resposta para quase todos os tipos de problemas sociais e converte-se em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face das demandas sociais por segurança e penalização, veiculadas pela mídia e sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

O simbolismo das leis penais, percebido na expansão punitiva moderna, colabora ainda para acarretar outro fenômeno que se encontra ligado a este, que é a configuração de um

³⁶⁷ MATOS, Martinho Ciriaco de. **A redução da maioria penal: o holismo no direito**. Salvador, 2013, p. 5.

³⁶⁸ CAVAGNINI, José Alberto. **Somos inimputáveis: o problema da redução da maioria penal no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 76.

³⁶⁹ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 26-30

³⁷⁰ BOLDT, Raphael. Op. cit., p. 115.

³⁷¹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 116.

inimigo a ser combatido, motivo pelo qual a edição de determinada legislação serviria para impedi-lo de agir. Assim, tem-se que o fenômeno da legislação simbólica favorece o direito penal do autor, consoante aponta a reflexão de Jakobs:

[...] o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante exclusão do outro.”³⁷²

Assim, busca-se valer do forte caráter simbólico que a pena possui para conter aqueles que são enxergados como fontes de perigo ou de ameaça para a sociedade, aparecendo, portanto, uma espécie de estratégia encontrada pelos gestores públicos, para conter com os indivíduos que ameaçam o convívio social.

Os adolescentes que cometem atos tipificados como delitos na lei, via de regra, são estereotipados como inimigos interiores que amedrontam a população, a qual acaba projetando em tais sujeitos a figura do mal a ser combatido, daí porque se buscar medidas, adoções de política criminal e criação de legislações tendentes e alimentadas exatamente à sede punitiva, no caso específico em análise, para fins de conter tais indivíduos, vistos como perigo para o corpo social.

Assim sendo, calha advertir que, especialmente, a reformulação via emenda constitucional, da faixa etária da maioridade penal se mostra simbólica, porque a dimensão política da expansão punitiva alimenta a inserção desta medida a ponto de submeter adolescentes à esfera punitiva, com base numa interpretação diferenciada da doutrina da proteção integral (esta positivada tanto na Constituição como no ECA), rompendo assim com todo o esforço histórico de luta em prol desses sujeitos, como também com a própria ideologia que norteou o constituinte e instituidores do ECA, suplantando, pois, a dimensão normativo-jurídica da norma que prevê esse conteúdo.

Isso porque, os princípios que preenchem o Sistema de Garantias e Direitos – SGD³⁷³ criado para proteger as crianças e adolescentes³⁷⁴, os quais dão supedâneo aos princípios

³⁷² JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 84.

³⁷³ NASCIMENTO, José Almir do; GANEIRO, Thiago Gabriel Silva. Um sistema para garantir Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. **Quer um conselho?** : A trajetória dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e Tutelares no Brasil. Humberto Miranda (Org.). Recife: Linceu, 2013, p. 40.

³⁷⁴ DOS SANTOS, B. R.; TORRES, A. S.; NICODEMOS, Carlos; DESLANDES, S. F. Desenvolvimento de paradigmas de proteção para crianças e adolescentes brasileiros. **Teoria e Prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente**. Simone Gonçalves de Assis (Org.). Rio de Janeiro, RJ: Fundação Oswaldo Cruz; Educação à Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009, p. 46.

constitucionais como a “o melhor interesse da criança e do adolescente”, “prioridade absoluta na efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, como vida, liberdade, saúde, educação” são levados em erosão, devido à correspondência à vontade de punir almejada pelo público.

Deve-se recordar ainda que o problema em torno de um simbolismo na seara do direito penal, especialmente, no contexto da redução da maioridade penal, pode acarretar mudanças significativas no sistema protetivo encampado pela Constituição, especialmente, em seu art. 227.

Isso porque não só a inimputabilidade penal das crianças e adolescentes, como também todo o sistema de direitos e garantias que os protegem se tratam de matérias que estão, expressamente, dispostas na Carta Magna. Assim, fazer alterações em seu conteúdo importará numa mudança de normas jurídicas de natureza constitucional, o que tão somente robustece a necessidade de se debruçar o olhar para o alcance que a expansão punitiva pode deter, a ponto de, inclusive, vir a modificar o panorama da Constituição Federal, lei de maior hierarquia no ordenamento jurídico pátrio.

É bem verdade que a tentativa de reduzir o limite etário da imputabilidade penal não é novidadeira, porquanto tal medida tem sido almejada há décadas pelos defensores da redução da maioridade penal. Contudo, a discussão acaba esbarrando, por diversas vezes, na temática constitucional do problema.

Além disso, a discussão assume ainda maior relevo quando se vislumbra que a inserção da mudança na faixa etária da maioridade penal implicará, sobretudo para aqueles que advogam a tese de que o art. 228 comportar uma garantia individual, uma relativização e até mesmo desconstrução de todo um sistema de direitos e garantias voltados às crianças e adolescentes.

Diz-se isso porque significativa parcela dos juristas pátrios – que se faz sentir, por exemplo, nas doutrinas de Martinho Ciriaco³⁷⁵ e José Alberto Cavagnini³⁷⁶ – entende que a imputabilidade penal das crianças e adolescentes, especialmente analisada à luz dos princípios constitucionais protetivos previstos na Constituição Federal, se configura como típica garantia individual que protege este grupo de pessoas, haja vista a cláusula de abertura disciplinada no art. 5º, parágrafo segundo, do Texto Constitucional, que possibilita a existência de direitos e garantias fundamentais.

³⁷⁵ MATOS, Martinho Ciriaco de. Op. cit., p. 6.

³⁷⁶ CAVAGNINI, José Alberto. Op. cit., p. 76.

Assim, sendo uma garantia individual, verdadeira cláusula pétrea³⁷⁷ do ordenamento jurídico, não poderia ser restringida ou abolida³⁷⁸ do Texto Constitucional, por força do limite expresse e material à reforma constitucional³⁷⁹ contido no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Ademais, referido sistema protetivo é ainda ratificado, quando se verifica que o Brasil é signatário de tratados e Convenções internacionais (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração dos Direitos da Criança, etc.) que convergem, justamente, para a proteção e defesa das crianças e adolescentes, diplomas normativos estes que possuem a mesma ideologia positivada na Carta Magna de 1988.

Pelo que se expõe, percebe-se que através da edição de leis penais, especialmente, da PEC N. 171/93 (que busca a redução da maioria penal para se corresponder aos anseios punitivos da sociedade) pode vir a ser difundido, no seio da população, um reforço ao caráter simbólico, possível de ser extraído do direito penal, o qual é capaz de modificar até mesmo o sistema protetivo constitucional brasileiro, afetando diversos diplomas normativos e o ordenamento jurídico como um todo, fato que merece uma cautela apreciativa, caso venha se operar concretamente.

5.3 A contribuição com a inflação legislativa: o crescente número de leis penais

No Brasil, sobretudo na última década, surgiram diversas leis penais, muitas delas tutelando bens jurídicos estranhos à seara penal, outras recrudescendo o tratamento a delitos, que este ramo costuma proteger.

Podem ser citadas a Lei n. 8.072/90, a qual dispõe sobre os Crimes Hediondos, a Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, a própria Lei n. 8.666/93, que trouxe em seu bojo crimes contra as licitações e contratos administrativos, a Lei n. 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias à fertilidade nas relações de trabalho, a Lei n. 9.455/97, a qual define os crimes de tortura, a Lei n. 9.434/97 que dispõe sobre a remoção de órgãos, partes e tecidos do corpo humano, a Lei n. 9.605/98, que dispõe acerca dos crimes contra o meio ambiente, entre outras que

³⁷⁷ BULOS LAMMÊGO, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400

³⁷⁸ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 37-38.

³⁷⁹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102.

exemplificam uma tendência a se recorrer, cada vez mais, ao direito penal, para estar presentes em diversas áreas, cuidando de determinados bens jurídicos, por meio das sanções que são inerentes a este ramo do direito.

Tal panorama reflete que a correspondência à expansão punitiva tem desembocado no que Boldt³⁸⁰ e Figueiredo³⁸¹ compreendem por inflação legislativa das leis penais, haja vista que legislações deste naipe só crescem, no cenário brasileiro, fato que conduz a reflexões, no sentido de se perquirir porque o direito penal tem ficado numa espécie de vitrine, onde muitos procuram se utilizar de seus institutos jurídicos, para lidar com diversas situações cotidianas, ora ampliando o leque de atuação desse ramo, ora intensificando a utilização de seus institutos, notadamente, as sanções penais.

Sem falar das leis já promulgadas, é possível aludir também aos ascendentes projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, colimando criminalizar condutas até então não descritas como delitos, como é o caso dos movimentos sociais, bem como tencionando a intensificação de penas para determinados criminosos, como pedófilos, homicidas, estupradores, entre outros.

Ponha-se em relevo a Proposta de Emenda Constitucional n. 171/93 que, ao almejar a redução da maioria penal, pretende modificar a legislação de maior hierarquia do ordenamento jurídico pátrio.

Referida alteração, caso venha ocorrer, provocará não só uma ruptura com a lógica do sistema atual de medidas socioeducativas endereçadas às crianças e adolescentes em conflito com a lei, mas também irá alterar a Constituição Federal, o ECA, o Código Penal, a Lei de execuções penais, diplomas normativos esses que, certamente, serão modificados, devido à mudança de perspectiva quanto à imputabilidade e necessidade de abarcar novos sujeitos ao mundo do cárcere tradicional, sem contar ainda a discrepância que a inserção de tal medida poderá encontrar, diante das normas insculpidas nos Tratados e Convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Ora, o clamor, que veio tomando força ao longo das últimas décadas no cenário brasileiro transportou-se dos debates travados em ruas, praças e reivindicações sociais para a pauta parlamentar de projetos de leis, de modo que tem se almejado corresponder-se às expectativas do público, a fim de se alcançar a criminalização de condutas e o enrijecimento de tantas outras, sob o ponto de vista penal.

³⁸⁰ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 115.

³⁸¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Op. cit., p. 305

Com o tempo, tais propostas têm chegado aos representantes políticos competentes para analisarem-nas, discutirem, votarem e, por fim, editarem, agora, em forma de leis, a punição que corresponde aos reclamos sociais punitivos, como o caso da discussão em torno da redução da maioria penal, que pretende – frise-se, por ser de valor –, modificar não apenas uma lei especificamente, mas a própria Constituição Federal.

Noutro bordo, necessário se faz advertir que muito embora novas leis de conteúdo penal tenham sido editadas ao longo dos últimos anos, muitos dos problemas para os quais elas foram editadas ainda não foram solucionados, persistindo até mesmo em um quadro mais acentuado, fato que pode se manifestar também no caso da redução da maioria penal, porquanto para alguns autores, como Franciela Félix³⁸² e Leonardo Rodrigues, a violência continuaria a existir, justamente porque a participação dos adolescentes, especialmente nos crimes que lesam a vida, por exemplo, é ínfima, se comparada à atuação dos adultos.

Urge perceber que um conjunto de várias leis, imbuídas de um serviço na maioria das vezes eminentemente simbólico, faz surgir críticas no sentido de que, uma vez inexistindo os resultados almejados com a implantação da legislação, a referida lei passa a ser vista como mais uma na ordem jurídica, servindo apenas para alongar a numeração de atos editados pelo poder legislativo, colaborando ainda para lançar o direito penal numa zona de descrédito frente à população.

Assim, o risco representado pela inflação legislativa, para além de contribuir para o simbolismo das leis penais e reforçar as legislações que funcionam como álibi para o Estado, representa a possibilidade de utilização das leis, simplesmente para corresponder ao clamor por mais punição, que não raras vezes se confunde com a necessidade de se corresponder a uma espécie de vingança privada popular:

No campo do direito penal, tem-se salientado que a legislação serviria para satisfazer, de forma sublimada, a ‘necessidade de vingança’ do povo, evitando-se, então, a justiça por linchamento. Analogamente, satisfaz-se por leis punitivas ou restritivas de direitos à necessidade de ‘bodes expiatórios’, estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando outros de responsabilidade ou sentimento de culpa. Porém, nessa hipótese, em não havendo eficácia preceito legais, estaremos num típico caso de legislação simbólica.³⁸³

Nesta senda, portanto, o crescente número de leis penais que vigoram em nosso ordenamento jurídico demonstra que tal instrumento normativo tem se tornado uma espécie

³⁸² MONTE, Franciela Félix de Carvalho; SAMPAIO, L. R.; ROSA FILHO, J. S., & BARBOSA, L. S. (2011). Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação. **Psicologia e Sociedade**, 23(1), 2011, 125-134, p. 126.

³⁸³ SCHILD, Wolfgang. Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes. Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts. In: Ilmar Tammelo e Erhard Mock (orgs.). **Rechtstheorie und Gesetzgebung: Festschrift für Robert Weimar**. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1986, pp. 195-215. *Apud*, NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 49-50.

de meio, o qual traria soluções que a sociedade almeja descobrir para lidar com problemas que a incomodam.

Para mais além, busca-se através da lei penal, por vezes, alcançar resultados que outras searas do direito não conseguiram solucionar. Por certo, não se desconsidera que uma lei possa colaborar com a resolução de problemas no seio social. A mudança que se espera ver na sociedade pode vir a passar pela edição de uma lei; nada obstante, há que se chamar a atenção para a forma como leis recentes, de conteúdo penal, tem sido elaboradas, bem como quais critérios tem pautado suas composições, além de ter que se averiguar como estão sendo, efetivamente, aproveitadas.

Diante de tais considerações, entra em jogo o papel que as leis que emanam do direito devem ou podem ter por desiderato cumprir, razão pela qual se registram as palavras do jurista italiano Francesco Carnelutti³⁸⁴, que escrevendo acerca do assunto traz a seguinte a reflexão, abaixo transcrita:

Tudo se pede e tudo se espera do Estado, ou seja, do Direito, não porque o Estado e o Direito se confundam entre si, mas porque, em última análise, o Direito é o único instrumento de que o Estado pode se valer. Se for verdade que a cada fase a civilização tem o seu ídolo, o desta que vivemos é o direito. Tornamo-nos seus adoradores. Ora, não há experiência mais apropriada para destruí-lo que a experiência penal. As misérias do processo penal são os aspectos fundamentais das misérias do Direito. Não tratei de desvalorizá-lo, mas de evitar sua valorização exagerada. Em outras palavras, desejei desenganar o homem comum a respeito da crença de que basta ter boas leis e bons juízes para se obter civilidade.³⁸⁵

A reflexão vem a calhar, uma vez que a busca pela edição de uma lei, conforme se tem assistido no cenário contemporâneo, como meio encontrado para combater a criminalidade, demonstra antes de tudo uma espécie de crença não apenas na lei, consoante entende Alberto Marques dos Santos³⁸⁶, mas depositada no próprio direito, especialmente, no direito penal, no sentido de que este ramo teria os instrumentos mais incisivos e rígidos para lidar com o mundo do crime, como por exemplo, a natureza de suas sanções, fato que traria melhores resultados de garantia de segurança.

João Maurício Adeodato³⁸⁷ destaca uma das razões que explica esta ida ao mundo jurídico para encontrar remédios e soluções que resolveriam problemas hodiernos, qual seja o fato de que outras instituições importantes para a harmonia e civilização social, tais como a religião, a moral, a ética, não estarem mais gozando de credibilidade, contemporaneamente, razão pela qual se endereça muitos problemas para o direito solucionar.

³⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit., p. 124.

³⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. 124.

³⁸⁶ SANTOS, Alberto Marques dos. Op. cit. 47.

³⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. Op. cit. p. 306-307.

O uso das leis que preenchem o ordenamento jurídico, portanto, aparecem, diante deste cenário, como aquelas que gozariam de maior respaldo para lograr no alcance da segurança, que possibilita a coexistência dos indivíduos, partícipes de uma sociedade.

Acontece, porém, que o suprimento desta lacuna na sociedade, pelo direito, tem acarretado, por vezes, o problema da inflação legislativa, especialmente no campo penal, dado o crescente número de legislações que se insurgem a cada dia nesta seara.

Diante dessa realidade, a inflação legislativa aparece como um típico efeito colateral causado pela correspondência aos clamores sociais punitivos, pois ao aderir à expectativa de que com a edição de uma lei muitos problemas serão resolvidos, colabora com o crescente número de leis, de modo que muitos dos problemas que elas tencionam solucionar continuam sem ser respondidos satisfatoriamente.

Especialmente no caso da redução da maioria penal, vê-se que se trata da inserção de uma norma jurídica de natureza constitucional, a qual provocará o alargamento das margens penais no campo da imputabilidade, acarretando, pois, a modificação em diversos segmentos da legislação penal infraconstitucional, talvez até a criação de possíveis *novatios legis*, a fim de promover uma readequação na disciplina legal em torno desta temática, fato que, como dito acima, pode vir a ocorrer e mesmo assim o cenário de violência e criminalidade não diminuir.

5.4 A Correspondência com a vontade de punir oriunda do seio popular e o risco à abertura ao oportunismo político

Faz-se necessário ainda traçar um paralelo entre a temática da legislação simbólica, bem como da inflação legislativa com o risco de que a implantação de mais uma lei penal, sobretudo com o fito principal de alimentar uma visão acentuadamente político-ideológica, seja fisgada por um fenômeno denominado de oportunismo político, o qual tem sido advertido por autores que estudam as nuances que envolvem as matérias, aqui, apreciadas.

Referido fenômeno, que se assiste diante da expansão punitiva contemporânea, outra coisa não se tenciona aludir, senão ao risco de que ocorra a apropriação dos discursos de respostas punitivas (“necessidade de acabar com a criminalidade”, “lidar com a situação insegurança e medo” e “punir os criminosos”), de maneira simplesmente oportunista.

Ou seja, fala-se aqui da possibilidade de se tratar os temas analisados com a finalidade principal de alcançar correspondência e popularidade com o meio social, notadamente, com

os futuros e potenciais eleitores³⁸⁸, sem que se atente para eventuais efeitos colaterais ou malefícios que a adoção de determinada medida possa trazer para a sociedade, seja a médio ou longo prazo.

Segundo Roxin³⁸⁹, essa exigência por penas mais duras torna-se uma forma mais cômoda para que muitos políticos consigam votos, o que não deixa de guardar aproximação, de certa maneira, com o fato de que a utilização da lei penal simbólica serve mais a interesses políticos-ideológicos, do que se preocupa com a normatividade e adequação da lei em relação aos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico, especialmente, na Constituição.

Tem-se notado ser fato corriqueiro que dessa correspondência de vontades decorram situações que oferecem margens para que temas caros à sociedade sejam afetados de maneira significativa, como é o caso da segurança pública, a qual acaba dando margem para aproveitamentos políticos, fato que se verifica, consoante aponta Marcelo Neves, sobretudo em períodos ou para fins eleitoreiros.³⁹⁰

Como a difusão do medo e da insegurança, tem se tornado cada vez mais ubíquo, o grito pela expansão punitiva, notadamente, através da criminalização de condutas e recrudescentes das sanções penais, de forma que a população tem se mostrado interessada em solucionar tais problemáticas.

Assim, o interesse em reduzir a maioria penal, por se ver alimentado também por essa ideia de que o medo e insegurança seriam minorados com tal modificação normativa – haja vista que a criminalidade praticada pelos adolescentes seria combatida por causa do enrijecimento da resposta penal do Estado às crianças e adolescentes em conflito com a lei – tem se tornado um típico assunto, reiteradamente, levado às casas legislativas, mostrando-se suscetível de cair em discursos oportunistas.

Assim, a política de punição se sobressalta em detrimento tanto da discussão normativo-jurídica, quanto da eficácia social desta medida, as quais recaem em segundo plano, justamente, porque as consequências constitucionais e seus reflexos para direitos fundamentais caros às crianças e adolescentes passam ao largo de um aprofundamento.

Vê-se que os discursos acalorados em torno da urgente adoção da medida pleiteada somados a pressa em sua aprovação, a fim de se corresponder ao que a sociedade espera, muitas vezes, não oferece brecha para se alargar a discussão em torno da redução à

³⁸⁸ SANTOS, Alberto Marques dos. Op. cit. p. 32.

³⁸⁹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Op. cit. p. 18.

³⁹⁰ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 37.

maioridade penal, discutindo-se suas causas de ordem psicológica, familiar, sociológica, econômica e política.

Por tal razão, temas como a redução da maioria penal têm rendido não só índices de audiência e publicidade, como também referida temática tem sido uma daquelas típicas que são aproveitados para fins eleitorais, de sorte que resta dificultoso perceber se o assunto é tratado de forma imparcial ou se é enfrentado apenas por estar em voga no cenário atual.

Tal realidade se processa, mesmo que a solução não seja a mais acertada para a situação. Por isso, por vezes, se percebe até mesmo a ausência da análise de um especialista na matéria. Neste sentido, as palavras de David Garland³⁹¹ acerca da edição de soluções que perpassam a seara penal para problemas sociais, parecem aclarar o problema:

[...] Para os *atores políticos*, atuando no contexto da competição eleitoral, as escolhas políticas são amplamente determinadas pela necessidade de encontrar medidas populares e efetivas, que não sejam vistas como sinal de fraqueza ou do abandono da responsabilidade do Estado para com o público. As medidas com os quais os representantes eleitos se identificam devem ser penalologicamente críveis, mas, sobretudo, devem manter a credibilidade política e o apoio popular. Na seleção de respostas políticas, aquelas que mais facilmente possam ser tidas atraentes. Aquelas que sejam compreendidas (pelos adversários ou pelo público) como uma retratação, como reconhecimento do fracasso ou dissociadas do sentimento público são as que apresentam os maiores inconvenientes. O problema é mais de retórica pública e de aparência do que de efetividade prática.

Dessa forma, cabe advertir para o risco de que medidas penais sejam adotadas apenas com o fito de se lograr credibilidade política e apoio popular, como dito por Garland, olvidando-se, portanto, da necessária análise prévia e aprofundada acerca do trato com matérias que revelam conteúdos delicados.

Luiz Guilherme Paiva³⁹² afirma que, comumente, os próprios agentes públicos se veem pressionados pela população em ter que aprovar determinada lei, que de alguma forma acresce uma margem penal ou passa a criminalizar uma nova conduta, fazendo com que debates e discussões parlamentares se acelerem para corresponder ao que a população almeja, de sorte que, por outro lado, o conteúdo do tema não passa por um debate a contento.

Veja-se o constante debate travado entre os parlamentares que compõe a Bancada da Bala, no Congresso Nacional, postulando a necessidade da redução da maioria penal, e os defensores da manutenção das margens etárias de imputabilidade em 18 anos. Cabe fazer menção, neste particular, ao movimento já de alcance nacional denominado “18 razões para a não redução da maioria penal”³⁹³, que apela para um aprofundamento do tema,

³⁹¹ GARLAND, David. Op. cit. p. 250.

³⁹² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Op. cit., p. 153.

³⁹³ Disponível em: <https://18razoes.wordpress.com/>. Acesso em 30.03.2016.

especialmente, problematizando questões atinentes aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Registre-se ainda a animosidade que se vê presente nas iniciativas populares em relação à adoção de políticas rigorosamente punitivas, como é do panorama que circunda a defesa pela redução da maioria penal. Importa fazer registro desse caráter, porque tal fato contribui para se repetir o costume de se aprovar legislações emergenciais, as quais, por vezes, se encontram carentes de fundamentação e sustento suficiente para permanecer no ordenamento jurídico sem vícios graves e até mesmo que se possa gerar os efeitos que delas se espera.

Tal percepção foi vislumbrada por Garland³⁹⁴, que imprimindo amplitude ao tema que por hora se expõe, assimila tal fato àquelas características, em que a emergencialidade de determinadas leis de conteúdo penal deitam suas raízes. Veja-se:

As iniciativas políticas são frequentemente reativas, disparadas por eventos específicos e deliberadamente parciais. Consequentemente, elas tendem a ser urgentes e passionais, motivadas por casos chocantes porém atípicos e mais preocupadas em se afinar com a ideologia política e com a percepção popular do que com os postulados do saber especializado ou com a capacidade provada das instituições.

Pode-se chegar à ilação de que, frente a uma modernidade líquida, onde existe espaço para uma cultura de espetáculo e de baixa densidade crítica, esse panorama acaba colaborando para que especialistas em matérias e problemas delicados da sociedade sejam cada vez menos consultados, cenário propício para que, diante da necessidade de se tomar medidas rápidas e urgentes, os atores políticos não se guiem, preponderantemente, pelo auxílio de estudiosos e *experts* em matéria penal, mas sim pelo que advém dos clamores sociais, avulsos, muitas vezes baseados tão somente no senso comum ou em estatísticas facilmente manipuladas.³⁹⁵

Vê-se ainda que esta necessidade de tomar uma medida cada vez mais rápida contribui para que o debate e confronto de ideias (necessário durante o processo legislativo) retem comprometidos, pois um projeto de lei que caminha dessa maneira, certamente não terá discutido tudo o que se deve enfrentar.

Esse panorama ainda necessita de uma maior cautela apreciativa, quando o que está em jogo é uma proposta de Emenda à Constituição, que por sinal busca alterá-la numa matéria que projeta efeitos para todo um sistema de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, albergado, inclusive, na própria Constituição, em seu art. 227, como também projeta efeitos na própria legislação penal, que precisará se readequar a nova dicção constitucional, que tem

³⁹⁴ GARLAND, David. Op. cit. p. 251.

³⁹⁵ SANTOS, Alberto Marques dos. Op. cit. p. 20 e 33.

força normativa para condicionar as prescrições dos demais diplomas normativos que se encontram em hierarquia inferior à Carta Magna.

A urgência na aprovação de tais medidas é uma nuance que se faz presente no caso da redução da maioria penal, uma vez que o assunto normalmente gravita em torno da ampliação ou não da responsabilidade do adolescente em conflito com a lei, olvidando-se assim a gama de causas que o levam a cometer delitos, bem como as consequências que o encarceramento no modelo tradicional do adolescente pode acarretar.

Assim, mesmo que o adolescente não fique, diretamente, junto com adultos ou pessoas com mais experiência no mundo do crime, seu encarceramento pode se configurar como um fator que irá potencializar a conduta desviante do indivíduo, ante a possibilidade de incutir no sujeito a confirmação de que ele está sendo encarcerado por ser também um criminoso como qualquer outro, desconsiderando-se, pois, sua condição de pessoa ainda em processo de formação.

Reside justamente aqui o risco de que representantes do povo, em matéria de reforma da Constituição, possam, ao acelerar a aprovação de projetos de Emenda Constitucional, como é o caso do presente objeto de estudo, em torno de uma visão fragmentada do problema, acabem passando ao largo de pontos fundamentais da maioria penal, tão somente com a finalidade de adotar a medida que mais corresponda ao que a sociedade espera, ganhando em troca notoriedade e credibilidade com o público, conforme acentuou Garland³⁹⁶:

Quanto maior o interesse eleitoral do crime e da punição, mais os partidos da situação e de oposição competiram entre si para obter a credencial de ser duro com o crime, preocupado com a segurança pública e capaz de restaurar a moralidade, ordem e disciplina, em face das corrosivas mudanças sociais da pós-modernidade.” [...] A elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente. [...]

Com amparo nessa reflexão de David Garland, revela-se cabível fazer um paralelo com as discussões assumidas por grande parte dos candidatos a cargos do Poder Legislativo e Executivo dos últimos tempos, haja vista que a grande maioria desses assumiu, em sua pauta eleitoreira, propostas que compactuam com a edição de leis que intensificam o tratamento punitivo.

No entanto, percebe-se que referidas sugestões acabam atraindo o público eleitoral, haja vista fazerem parte do que a própria população já tem contato diariamente, vendo-se seduzida, exatamente, pelas propostas que se adequem à bandeira do punitivismo, aderida pela sociedade nos últimos tempos.

³⁹⁶ GARLAND, David. Op. cit. p. 280-283.

Nesse panorama, os argumentos de Garland³⁹⁷ pretendem demonstrar uma espécie de aproveitamento eleitoral e político pelos representantes do povo (ou de quem almeje se tornar político também), diante de um cenário de medo e insegurança, o que fica muito evidente no caso de Proposta de Emenda Constitucional, já que os debates são nacionais, envolvendo parlamentares do Congresso Nacional, com grande cobertura midiática.

Garland³⁹⁸ declina seu olhar, ainda, à falta de credibilidade de especialistas da justiça criminal e da área social, indivíduos que possivelmente poderiam apontar novos horizontes, ajudando na solução dos problemas que incomodam à população, mas que não colaboram tanto, dado à ampla receptividade popular daqueles que se preocupam em confeccionar uma literatura de baixa densidade crítica.

Para Marcelo Neves³⁹⁹, o cenário contemporâneo oferece margem para atores políticos ganharem, com a edição de legislações feitas nos termos narrados acima, lealdade com o público. Esse autor alerta o fato de que sejam tomadas medidas tendentes à correspondência com a expectativa do público apenas e tão só, exatamente, para fins de se construir um vínculo com o público eleitoral, que Neves denomina de “confiança com a lealdade das massas”. Veja-se:

Na abordagem da legislação no Estado de bem-estar do Ocidente desenvolvido, tem-se procurado caracterizá-la como mecanismo possibilitador da ‘lealdade das massas’. A manutenção desta não resultaria simplesmente dos efeitos reais da ‘legislação instrumental’, mas dependeria também da produção de diplomas legais destinados basicamente a promover a confiança dos cidadãos no Estado. Mediante a legislação simbólica, os órgãos estatais demonstrariam cenicamente seu interesse e disposição de solucionar problemas em princípio estruturalmente insolúveis. A legislação-álibi constituiria, então, um típico mecanismo de promoção da ‘lealdade das massas’ no Estado de bem-estar.

Assim, o fato de se corresponder com as pressões sociais, por exemplo, faz com que políticos criem laços de respaldo eleitoral com o público, onde o enfrentamento dos assuntos, que desembocam na edição de uma medida legislativa, acabe ficando em segundo plano, sem que, de fato, muitos problemas sejam enfrentados de forma aprofundada, dada à complexidade das matérias, que normalmente são levadas para fins de criminalização ou recrudescimento penal.

O que importa registrar, consoante anuncia a observação tida pelo autor, é que a conciliação entre a vontade da massa e a medida adotada pelo agente público seja alcançada, mantendo-se assim um clima de harmonia entre o intento da população e a atuação de seus representantes.

³⁹⁷ GARLAND, David. Op. cit. p. 316.

³⁹⁸ GARLAND, David. Op. cit. p. 328.

³⁹⁹ NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 122-123.

Assim, queda-se inexistente certa dose de preocupação, tão necessária como a legitimidade da medida, quanto à adequação de tais propostas às normas de hierarquia constitucional, que já vigem no sistema jurídico e que, inclusive, o direito penal deve guardar observância, como é o caso da imposição constitucional prescrita no art. 227 da Constituição – quanto à proteção integral da criança e do adolescente, sob responsabilidade tanto da família, da sociedade, quanto do Estado – bem como o disposto no art. 228, expresso, quanto os limites da imputabilidade penal das crianças e adolescentes.

Segundo Neves⁴⁰⁰, este fenômeno contribui para que as legislações que sejam editadas com esse intuito, como sendo o objetivo primacial a ser atingido, colaborem para que os diplomas legais funcionem como verdadeiros álibis, no sentido de que a simples correspondência da vontade do povo com a vontade política já demonstraria que o ente político se encontra atuando em prol da segurança pública, restando ofuscado ou até mesmo não enfrentado profundamente determinados problemas, os quais são relevantes à sociedade, fato que Marcelo Neves enxergou da seguinte maneira:

A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos políticos-ideológicos. Como já enfatizei acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos político-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras de confiança pública. O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do *status quo* e, perante o público espectador, uma ‘representação’/ ‘encenação’ coerente dos grupos políticos convergentes.

Essa harmonia entre a ação dos representantes políticos e a vontade de povo, caso ocorra da maneira como se discorreu acima, pode levar ao comprometimento de muitos temas caros à sociedade, que restam atropelados, por não receberem o tratamento adequado, de modo que permanecendo assim a situação, beneficia-se mais os interesses de cunho pessoal do ator político, do que necessariamente a resolução de assuntos relevantes ao convívio social.

Revela-se útil sublinhar que a expressão “legislação álibi” fora desenvolvida por Kindermann⁴⁰¹, que citado Neves, a utiliza para sinalizar um fenômeno que se amolda à realidade do Brasil, motivo pelo qual merece alusão:

O legislador, muitas vezes, sob pressão direta do público elabora diplomas para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja um mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. [...] Importante é que os membros do

⁴⁰⁰ NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 54.

⁴⁰¹ KINDERMANN, Harad. *Symbolische Gesetzgebung*. Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.). **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)**. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 222-245. *Apud*. NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 36-37.

parlamento e do governo apresentem-se como atuantes, e portanto, que o Estado-Legislator mantenha-se merecedor da confiança do cidadão. Mas não só dessa forma genérica evindencia-se a legislação-álibi. Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, uma regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.

Transportando essa lição para a análise do expansionismo punitivo intensivo do direito penal, vislumbra-se que a utilização dessa tática como forma de mostrar um sinal para a sociedade de que o Ente Político estaria envidando esforços para resolver problemas da sociedade – não se encontrando indiferente ou inerte às reivindicações que seu povo lhe apresenta – muito se assemelha ao cenário brasileiro.

Importa registrar ainda que, no caso da redução da maioria penal, mudar a Constituição Federal não apenas acarretará uma medida simbólica, mas também uma concreta mutação em todo um tratamento endereçado aos adolescentes, por força da doutrina da proteção integral. Denota-se, pois, que referida alteração significa muito mais do que um simbolismo, porquanto se trata de uma medida que atingirá efeitos no plano legislativo, administrativo e jurisdicional.

No âmbito penal, tal realidade não deixou de ser percebida por Neves⁴⁰², pois, na linha de pensamento deste jurista, o fenômeno da legislação álibi tem sido recorrente, haja vista os trabalhos acadêmicos e as discussões em torno deste tema, senão veja-se:

[...] Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas no século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência de pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.

Diante de tal cenário, mais uma vez, depara-se com uma típica situação que ratifica as características da modernidade líquida, sobretudo naquilo que favorece uma cultura de espetáculo, cenário em que se assiste um culto a imagem e a fugacidade, onde o conteúdo, que em tese, preencheria muitas das propostas e reivindicações que são endereçadas aos atores públicos cede à necessidade de se tomar uma medida “rápida”, “urgente” e que acalme os rumores populares.⁴⁰³

O sociólogo Zygmunt Bauman enxergou nesse cenário uma espécie de oferecimento de um “tranquilizante ético” para a sociedade, pois a medida ou lei adotada, por exemplo, é

⁴⁰² NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 38.

⁴⁰³ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Op. cit. p. 32.

oferecida ao público, a fim de apaziguar os ânimos, imprimindo, portanto, a sensação no povo de que o problema recebera a solução mais acertada.⁴⁰⁴

Todo esse panorama de discussão de medo e insegurança, necessidade de tratamento mais rígido aos criminosos, quadro de criminalidade e violência ascendente favorece aos discursos e *standards* políticos que visam explorar tais situações, que na contemporaneidade são postos em exibição e até mesmo debate, com forte cunho espetacular, haja vista ser característica marcante da modernidade o culto por este tipo de abordagem. Seguindo esta mesma linha de pensamento, retomam-se as reflexões de Guy Debord:

A sociedade que se baseia na indústria moderna não é fortuita ou superficialmente, ela é fundamentalmente *espetáculoísta*. No espetáculo, imagem da economia reinante, o fim não é nada, o desenrolar é tudo. O espetáculo não deseja chegar a nada que não seja ele mesmo.⁴⁰⁵

A reflexão de Debord ajuda a perceber que muitas discussões na modernidade podem se encerrar apenas no espetáculo da notícia ou até mesmo do debate midiático ou político, com vistas a alcançar o panorama final colimado, qual seja, o resultado ansiado pelo público.

O que se procura aludir é exatamente o risco de se incidir neste grave problema, pois se por ventura, decisões políticas como a redução da maioria penal vierem a ser adotadas, apenas com o fito de se alcançar a lealdade com o público, tem-se, por certo, que temas relevantes não estarão sendo tratados com a profundidade e imparcialidade necessárias, tais como as causas da criminalidade dos adolescentes, bem como todo o sistema de proteção que justifica a imputabilidade penal a partir dos 18 anos. Além disso, a onda de crimes continuará persistindo. Dessa maneira, tão somente os implantadores das medidas serão os verdadeiros beneficiados, passando, inclusive, a gozar de prestígio social por adotá-las.

5.5 Discriminação de pessoas e criação de estereótipos de “inimigos internos”: a abertura para a importação do direito penal do Inimigo à realidade pátria

Tema relevante no contexto das reflexões sobre o expansionismo penal é a relação, que se vê difundida, cada vez mais, no cenário brasileiro, entre o expansionismo por mais punição e a construção de uma figura inimiga interna, que é elaborado em torno de

⁴⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Op. cit. p. 119.

⁴⁰⁵ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 17.

determinados perfis, tidos como perigosos para a sociedade, representativos de males sociais.

406

Isso se aplica claramente aos adolescentes infratores, visto que, não raras vezes, se projeta nas crianças e adolescentes, especialmente aqueles que se acham envolvidos na criminalidade urbana, a típica figura representativa dos males que assolam a população.

Isso porque, no movimento punitivo, é lugar-comum assistir-se à existência de uma adesão de caça aos maus, ou àqueles que representam a fonte de perigos para a sociedade, justamente buscando-se, por esse motivo, identificá-los e puni-los, notadamente, por meio de penas mais duras ou mais rígidas, haja vista serem perigosos para a vida social, devendo, portanto, ser afastados do convívio social.

Reinvindicações desse naipe, normalmente, se veem sendo canalizadas para os adolescentes que se encontram em conflito com a lei, razão pela qual desta projeção brotam clamores pelo recrudescimento penal direcionado a tais indivíduos, como é o caso Proposta de Emenda Constitucional n. 171/93 que pretende a redução da maioria penal.

Ora, como anota Zygmunt Bauman⁴⁰⁷, a humanidade padece, hoje em dia, de um medo ubíquo, que pode ser encontrado em qualquer lugar e a qualquer momento, de sorte que “a vontade de punir” ou de encontrar tais fontes de medo e perigo, para fins de controle e segurança pode ser projetada em um estereótipo, que representaria o mal, ou o inimigo, ou uma figura estranha, que por certo seria a fonte de periculosidade e ameaça para a sociedade.

A ânsia por mais punição precisa de um alvo para que a vontade de punir seja endereçada até ele, de sorte que, não raras vezes, projeta-se no objetivo a ser atingido e capturado, o modelo de figura perigosa configurada acima.

Ocorre que esse tipo de pensamento pode vir a criar estereótipos e/ou perfis de determinadas de pessoas e projetar em certos grupos, que passam a ser vistos como indivíduos voltados ou propensos ao cometimento de delitos. Por vezes, consoante já assinalado acima, esses grupos ou figuras são projetadas nos adolescentes que desempenha atos descritos como crime pela legislação penal.

Nesta zona de percepção, portanto, vislumbra-se que esta particularidade que desponta da análise do fenômeno punitivo aproxima-se, ou quando menos, se alimenta de visões exportadas da teoria do “Direito Penal do Inimigo”, no que diz respeito a possíveis respostas estatais punitivas a indivíduos que são vistos como perigosos.

⁴⁰⁶ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 95.

⁴⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Op. cit. p. 11 e 31.

Essa teoria foi construída pelo jurista alemão Günther Jakobs, que procurou desenvolver uma espécie de tratamento ou regulamentação específica a ser aplicada àqueles indivíduos que praticam delitos que atingem uma lesividade tal, a ponto de colocar em risco, por exemplo, o ordenamento jurídico, a sociedade como um todo ou até mesmo a figura estatal, merecendo, exatamente, por deterem esse alto grau de periculosidade, serem tratados como inimigos do Estado, onde o Ente Político desenvolveria mecanismos específicos para combater tais figuras.

Em sua obra, portanto, esse jurista constrói a respectiva teoria, apresentando algo que se aproxima bastante de uma definição de inimigo. Assim, para aclarar sua tese, Jáckobs contrapõe a figura desse tipo de indivíduo com outro a quem chama de “cidadão”, o qual representaria, exatamente, o sujeito que deveria ser tratado com pessoa, justamente, por ter comportamentos comuns aos cidadãos, enquanto que o inimigo seria alguém que, a partir do momento que rompeu com determinados laços do convívio social, não mereceria receber o um tratamento de cidadão.

As ideias de Jakobs⁴⁰⁸ parecem explicar de uma melhor maneira a contraposição entre o direito penal a ser aplicado ao indivíduo cidadão e aquele a ser endereçado à figura inimiga, consoante se vislumbra logo abaixo:

O direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas, o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido. [...] *O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma o Direito Penal do Inimigo* (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos*; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.

[...]

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em lugar equivocado.

Denota-se, portanto, que esta teoria oferece uma proposta de divisão dos criminosos entre aqueles que fazem parte do grupo social, que merecem ter sua cidadania preservada, ou seja, que mesmo tendo praticados condutas delituosas não perderam a qualidade de pessoa, bem como os demais direitos (sobretudo, garantias de ordem processual penal) a essa condição inerentes; e àqueles tidos como inimigos, justamente pelo grau de perigosidade que apresentam para a sociedade, pois a partir do momento que praticaram crimes desse gênero, colocaram em xeque a vida social, não devendo, portanto, ser considerados mais como parte dos cidadãos.

⁴⁰⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 28- 40.

Com apoio nas breves anotações a respeito dessa teoria, surge a possibilidade de se traçar um paralelo entre esse modelo teórico e a doutrina ministrada por Zygmunt Bauman⁴⁰⁹, quando esse autor verifica que na modernidade líquida, medidas são adotadas para se capturar ou separar indivíduos “estranhos” e “figuras indesejadas” à sociedade.

Com efeito, tal fato vem se mostrando cada vez mais claro na arquitetura de medo que surgiu há tempos e encontra-se ainda alimentada no seio social, elaborada com o fito de afastar indivíduos, que são vistos como autênticas figuras indesejadas.

O paralelo se mostra propício de ser traçado, haja vista que a divisão (entre cidadãos e inimigos) que a teoria opera pode vir a sedimentar ainda mais uma separação social que já vem se mostrando acentuada na sociedade, que é a configuração de um panorama maniqueísta no globo social entre os que estão incluídos nos movimentos modernos e que se encontram alijados de tudo aquilo que a modernidade oferece.

Essa maneira de combater a criminalidade, elaborando uma divisão entre tipos de “cidadãos” e “inimigos” denuncia outra separação nessa contida, que parece ter sido decifrada pelo estudo realizado por Howard Becker⁴¹⁰, por ter percebido que numa sociedade existiriam determinadas condutas mais comuns aos que fazem parte dos “nossos”, ou “os da gente”, enquanto que outras ações, consideradas fora do padrão tido por normal ou comum no seio social seriam desempenhadas pelos “outros”, ou pelos “estranhos”, o que os aproximaria, portanto, de uma figura que representaria ojeriza, estranheza, podendo ser vista até mesmo como ameaça para os demais cidadãos.

A respeito dessa realidade, revela-se curioso notar que a divisão entre “nós” e “os outros” redunde na necessidade de construir-se um tratamento diferenciado à figura inimiga, que será aplicado pelos que fazem parte do grupo “nós”, ou seja, os cidadãos.

Esse grupo, por estar ameaçado pela figura inimiga, a qual em tese deixou de qualificar-se como cidadã, será, nada obstante, julgada por aqueles considerados “cidadãos”. Assim, os “nós” qualificam quem serão os “outros”, e mesmo dizendo que esses perderam a carga de cidadania (a qual lhe confere a condição de sujeito de direitos) não merecendo serem tratados como pessoas; no entanto, ainda assim não deixarão de ser julgados por critérios elegidos e aplicados por quem faz parte do grupo dos “nós”.

Esse cenário tem um ponto de intersecção com o fenômeno dos “comportamentos desviantes”, estudado em uma das teorias do *Labelling Aprociah*, de maneira específica na

⁴⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo nas Cidades*. Op. cit. p. 37.

⁴¹⁰ BECKER, Howard. **Outsiders Estudos de Sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2008, *passim*.

obra *Outsiders*, de Howard Becker, onde é possível constatar, que o autor, em seu estudo, observou como tais comportamentos são configurados no seio social e obteve, como uma de suas constatações, o fato de que um grupo de pessoas pode deter a capacidade de “etiquetar” outro grupo dentro de um mesmo território social, “etiquetando-o” como sendo “desviante”, considerando o padrão considerado normal ou correto, típico do esperado de um cidadão.⁴¹¹

Nesta quadra analítica, revela-se forçoso indagar: como pode quem é pessoa julgar alguém quem não é pessoa? Teria condições? Quais critérios utilizar? Seria possível compreender esse novo tipo de sujeito, descaracterizado como indivíduo? Trata-se de questionamentos relevantes a serem aprofundados, a fim de que a desclassificação de um sujeito de direito em relação a outro não venha cair numa zona de arbitrariedades, discriminações e excessos de poder.

Verifica-se que esta figura do “outro”, como sendo um estranho, ameaça ou até mesmo inimigo da sociedade, também é trabalhada na teoria do direito penal do Inimigo, na contraposição feita por Manuel Cancio Meilá, ao relacionar a projeção do outro como inimigo, a ser combatido com o cenário de punitivismo exacerbado, que se assiste hoje em dia, conforme registrou:

[...] o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado <<fato>>, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. [...] a definição dos autores como <<outros>>, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do <<outro>>. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal.⁴¹²

Assim, cumpre destacar que não se advoga qualquer tese adversa à preocupação em identificar os indivíduos que apresentem risco para a sociedade, sobretudo quando comprometa a vida harmônica dessa, contudo revela-se oportuno perquirir, no cenário contemporâneo, “como” e “para quem” tem sido direcionado o alvo de captura dos agentes perniciosos para a sociedade, estes “outros”, que ameaçam a vida dos “normais”.

Wacquant⁴¹³, analisando o panorama estadunidense, vislumbra um cenário que não destoa da realidade pátria, porquanto a guerra, vislumbrada por esse autor, que se instaura entre os “cidadãos de bem” e as “categorias desviantes”, favorece a caça e endereçamento do aparato punitivo do Estado para uma determinada classe de pessoas, expressada pelos pobres,

⁴¹¹ BECKER, Howard. **Outsiders**. Op. cit, *passim*.

⁴¹² JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. cit. p. 88.

⁴¹³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª ed. rev. e ampl., ago. 2007. 1ª reimpressão, março de 2013, p.17-21.

marginalizados, ou, “não merecedores”, fato que favorece ao avanço de um Estado Penal, que ocultando problemas sociais, se vale da via punitiva para dar uma resposta às angústias da sociedade, separando do seio social os indivíduos vistos como fontes de perigo para a população.

Consoante percebe Bauman, aquele que por ventura não tenha condições de participar de movimentos modernos (cultura consumista, participação na tecnologia e globalização, uso dos meios modernos de relacionamentos virtuais, entre outras novidades da vida moderna), correria o risco de ser inserido nos perfis de “outros”, de figuras “estranhas”, vindo, portanto, a não serem enxergadas como semelhantes às demais pessoas, que dividem um mesmo território e espaço social, o que pode torná-los os propensos alvos para onde são canalizados os clamores do punitivismo.

Nesse passo, a figura do inimigo interno torna-se mais propensa de recair sobre esses que se encontram alijados da modernidade, como é o caso dos “foras de jogo, consumidores falhos”,⁴¹⁴ dos moradores de rua, dos portadores de condição paupérrimas de vida, dos que moram em guetos, favelas, autênticos grupos de pessoas que se veem isolados da sociedade, portanto, mais vulneráveis ao estereótipo. Vale transcrever palavras semelhantes firmadas por Raphael Boldt⁴¹⁵:

Destarte, os excluídos deixaram de ser cidadãos e passaram à condição de servos, ‘inimigos’, identidade social construída por meio da definição dos grupos sociais subalternos como ‘estranhos’, ‘outros’, não integrados na sociedade e em seus padrões estéticos e comportamentais.

Essa configuração se concretiza, no cenário brasileiro, por vezes, na pessoa do adolescente que comete ato infracional (popularmente, conhecido por trombadinha, maloqueiro, etc.), sobretudo naquele que advém da classe baixa, e que tem por costume praticar crimes que amedrontam a população, dado o uso de violência ou ameaça, que coloca em contato direto autor e vítima.

De todo modo, importa debruçar-se, para fins de analisar o fenômeno punitivo, sobre essa divisão social entre “nós” e “outros”. Isso porque, caso a parcela da Teoria do direito penal do Inimigo, quando trata da separação entre “cidadãos” e inimigos”, ganhe receptividade no cenário nacional – como vem ganhando, haja vista que os discursos punitivos encampam esta bandeira – pode acarretar (através das medidas adotadas de combate à criminalidade) a criação de estereótipos de determinadas criminosos que se enquadram num

⁴¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Op. cit. p. 57.

⁴¹⁵ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 27.

modelo aproximativo de “outro”, de “estranho” ou de “inimigo”, transportando assim esse modelo teórico para tornar-se uma autêntica política criminal.

Revela-se importante anotar que o termo “inimigo” empregado na teoria de Günther Jakobs contribuiu para oferecer um modelo de “punição diferente” para aqueles que não deveriam ser considerados cidadãos. Essa forma de punir foi inicialmente arquitetada para combater, por exemplo, terroristas, haja vista que por cometerem delitos que ameaçavam a sociedade e o Estado como um todo mereceriam sofrer um tratamento diferenciado, a ponto de não serem tratados como cidadãos comuns.

Transportada para o cenário brasileiro, referida teoria obteve espaço para adentrar na prática, de sorte que tem servido de apoio para lidar com os “inimigos internos” que incomodam a modernidade. Acontece, porém, que os “inimigos dos brasileiros”, longe de serem terroristas ou genocidas, são, em verdade, criminosos que praticam crimes de baixa ofensividade, quando em comparação com o nível de gravidade delituosa dos crimes praticados pelos criminosos que a teoria do direito penal do inimigo procurou elidir.

Dessa forma, percebe-se que a teoria do direito penal do inimigo, inicialmente criada para combater criminosos do naipe de terroristas e genocidas, quando levada para países, como o Brasil, tem sido utilizada para alimentar uma expansão por mais punição endereçada para inimigos públicos internos do tipo: assaltantes de coletivos (a maioria deles desprovida de treinamento ou preparação para cometimentos de roubos), batedores de carteira e celulares (muitas vezes adolescentes) que assaltam com armas artesanais de baixo poder de lesão, quando em comparação os artifícios utilizados pelos homens-bomba, por exemplo, entre outros tipos de delinquentes semelhantes a esses.

Constata-se, pois, que uma teoria inicialmente endereçada para indivíduos de treinados e preparados para “expressões complexas da criminalidade” se vê utilizada, no cenário brasileiro, para indivíduos que cometem crimes menos graves, e que, muitas vezes, alguns deles, não todos, aderem ao mundo do crime por falta de oportunidades ou recursos, que o próprio Estado poderia oferecer, mas, por variados motivos não oferece.

O “terrorista” que o brasileiro deseja se vê livre, portanto, é aquele tipo de criminoso que o apavora, por cometer furtos, roubos, assaltos à mão armada, ou seja, pessoas que, em geral, são encontrados em ruelas, pontos de ônibus e de tão despreparados para o mundo do crime que são, vem sendo, cada vez mais, capturados pela própria população, dado o crescente número de linchamentos populares.

Tal cenário se comprova, diariamente, na contenção de adolescentes que adentram no mundo da criminalidade, especialmente, urbana e direcionada ao patrimônio das vítimas. É lugar comum que essa figura de inimigo recaia sobre tais sujeitos.

Registra que Franciela Félix⁴¹⁶ e Leonardo Rodrigues “[...] a prática de atos infracionais cometidas por adolescentes concentra-se nos danos contra o patrimônio [...]”, especialmente, quando em comparação com aqueles que atentam contra a vida. Nessa esteira, a UNICEF também tem demonstrado tal quadro, porquanto revela que os adolescentes no Brasil tem sido responsáveis por uma ínfima porcentagem dos crimes contra vida (apenas 0,013% cometeram crimes contra a vida) e, pelo contrário, esses sujeitos têm sido vislumbrados mais como vítimas de delitos desta qualidade.⁴¹⁷

É bem verdade que essa reflexão não tenciona justificar a prática de crimes que assolam a população ou até mesmo reprimir a revolta do corpo social em relação a tais criminosos; contudo, o esclarecimento narrado demonstra que uma teoria desenvolvida para crimes de alta periculosidade vem sendo utilizada para outros tipos delitos, numa conjuntura social diversa daquela onde a teoria foi formulada, fato que leva a perquirir se verdadeiramente conseguirá restringir ou erradicar o número de criminosos inimigos internos, especialmente, quando se trata de crimes praticados pelos adolescentes em conflito com a lei.

Essa reflexão repousa sua razão de ser na cautela que se deve empreender em não exportar tão somente parte do conteúdo desta teoria, descuidando-se de outra parcela sua, muito importante, como o fato do que verdadeiramente impulsionou sua criação, que foi combater inimigos do Estado, da sociedade e do ordenamento jurídico.

Argumenta-se neste sentido, porque a figura inimiga no cenário contemporâneo vem sendo direcionada para aqueles que são vistos como os “outros” da sociedade, os quais são exatamente os excluídos, as figuras estranhas, os indivíduos indesejados, de sorte que inserto no punitivismo, esse estereótipo se vê refletido em alguns criminosos em especial – como os adolescentes de baixa renda, insertos na criminalidade urbana – para que a caça aos criminosos demonstra sua intolerância com clareza. A despeito do tema, veja-se o registro de Bauman:

[...] o que é novo é que os *assaltantes* (juntamente com os vagabundos e outros desocupados, personagens estranhos ao lugar em que se movem) que levam agora a culpa, representando o diabo, os incubos, maus espíritos, duendes, mau-olhado, gnomos malvados, bruxas ou comunistas embaixo da cama. Se as “falsas vítimas” podem “gastar a credibilidade pública” é porque “assaltante” já se tornou um nome

⁴¹⁶ MONTE, Franciela Félix de Carvalho; SAMPAIO, L. R.; ROSA FILHO, J. S., & BARBOSA, L. S. (2011). Op. cit. p. 126.

⁴¹⁷ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/em-nota-unicef-se-posiciona-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/>. Acesso em: 29 de mar. 2016.

comum e popular para o medo ambiente que assola nossos contemporâneos; e assim a presença ubíqua dos assaltantes tornou-se crível e o temor de ser assaltado, amplamente compartilhado.⁴¹⁸

Registre-se que a mentalidade da figura do inimigo se vê arraigada na cultura punitiva de tal forma, que essa maneira de encarar e classificar os criminosos acarreta a criação de estereótipos entre “bons” e “maus”, “cidadãos” e “inimigos”, acarretando, cada vez mais, a acentuação de um panorama de divisão social, condição propícia, para que se possa criar estereótipos de verdadeiros inimigos internos.⁴¹⁹

Merece anotação o trabalho realizado por Jock Yong por analisar o problema da sociedade excludente e sua relação com a criminalidade, tendo vislumbrado que a tendência de “essencializar o outro” favorece a criação de grupos estigmatizados, cenário que se mostra propício àquilo que o autor denomina de “demonização”, uma vez que se abre margem “para responsabilizar um grupo de dentro ou de fora da sociedade pelos problemas enfrentados por ela.”⁴²⁰

Young analisa como essa estratificação pode favorecer a criação de estereótipos no meio social, os quais representariam verdadeiras monstruosidades, consoante demonstra o seguinte pensamento do autor:

O essencialismo cultural permite que as pessoas acreditem na sua superioridade inerente e sejam ao mesmo tempo capazes de demonizar o outro, como essencialmente depravado, estúpido ou criminoso. O essencialismo dá uma base cultural de conflito e é o pré-requisito necessário para a demonização de partes da sociedade. A demonização é importante porque permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos ‘outros’, em geral percebidos como situados na ‘margem’ da sociedade. Ocorre aqui a inversão costumeira da realidade causal: em vez de reconhecer que temos problemas na sociedade por causa do núcleo básico de contradições na ordem social, afirma-se que todos os problemas da sociedade são devidos aos próprios problemas. Basta livrar-se dos problemas e a sociedade estará, *ipso facto*, livre deles!⁴²¹

Exatamente, tendo em vista a possibilidade de que o aproveitamento, ainda que parte da teoria do direito penal do Inimigo, no cenário brasileiro, venha colaborar para que aquelas pessoas denominadas como “estranhas” sejam consideradas as “inimigas” do Estado e da sociedade, reside o risco maior do acolhimento ao conteúdo desta teoria, qual seja,

⁴¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Op. cit. p. 109.

⁴¹⁹ A configuração de um estereótipo de inimigo interno se vê intensificada em meio ao público, dado a cobertura sensacionalista (já abordada no capítulo anterior), que traz consigo a característica peculiar de imprimir publicidade a violência e a criminalidade por meio de um perfil maniqueísta, onde “vilões” e “vítimas” assumem o protagonismo da matéria publicada, fato que colabora para sedimentar a necessidade de existir, realmente, um direito penal mais “duro”, notadamente, para combater os “inimigos” da sociedade. ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue...** Op. cit. p. 16. Calha ainda registrar a reflexão de Raphael Boldt, a respeito desta temática: “[...] a mídia não apenas constrói socialmente a criminalidade, mas realiza uma das suas mais notáveis funções, a fabricação do estereótipo do criminoso [...]”. BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 81.

⁴²⁰ YONG, Jock. Op. cit. p. 156-157.

⁴²¹ YONG, Jock. Op. cit. p. 162-165.

transformar aqueles que não se amoldaram a modernidade (dentro destes, por ventura, pessoas que os “normais” podem não querer por perto), em verdadeiros inimigos internos, os quais devem ser combatidos.

Ainda que essas figuras inimigas, no cenário brasileiro, não se aproximem do “inimigo” da sociedade, que se extrai da teoria desenvolvida por Jakobs, passam por tratamentos semelhantes àqueles, pois uma vez que seu conteúdo vem tomando corpo na prática, está sendo aplicada nos mesmos moldes aos criminosos que praticam crimes de menor potencial ofensivo, mas que são indesejados, assim como um terrorista ou genocida.

É preciso cuidado para não acabar se construindo como figura do inimigo público interno, aqueles indivíduos que a sociedade, simplesmente, não quer ter por perto ou agentes que muito embora incomodem a população, assim o fazem mediante o cometimento de delitos de baixo potencial ofensivo.

Dessa forma, caso sejam tratados como inimigos, no sentido empregado pela teoria aludida, devendo receber um tratamento diferenciado, nos moldes que Jakobs oferece, poderão estar recebendo uma pena além do que o quadro exige, fato que contradita um princípio influente na matéria penal, qual seja, a proporcionalidade, como também com o princípio da individualização da pena.

A cautela tem sua razão de ser, a fim de que tal perspectiva, uma vez legalizada, configure a conduta de delinquentes que ameaçam a população com roubos e furtos, como sendo condutas de figuras inimigas.

Analisando tal quadro à luz do princípio da proporcionalidade das penas, positivar a citada proposta, não raras vezes, difundida no meio social, obrigará no futuro, que para um eventual genocida (este, um verdadeiro inimigo do Estado e da sociedade, sob a ótica de Jakobs) seja elaborado um tratamento ainda mais rigoroso, que ultrapasse, inclusive, o grau de rigidez imposto a quem se considera inimigo, o que transformará o conjunto de leis penais em normas excessivamente rígidas, com riscos de trazer consigo penas ainda mais horrendas.

Pelo que se discorre até então, o paralelo esboçado acima procura avaliar o impacto que a extração deste pensamento contido na Teoria do direito penal do inimigo acarreta no cenário brasileiro, sobretudo considerando a época que essa sociedade vive, de se ver atraída por modelos punitivos que intensifiquem as penas ou ampliem o alcance de sujeitos puníveis, como no caso da redução da maioria penal constitucionalmente definida.

Ademais, se percebe que tal objetivo vem sendo alcançado, uma vez que a proposta de Jakobs, cada vez mais, se vê dissipada no cenário político-social, haja vista as inclinações hodiernas tendentes ao recrudescimento das sanções e procedimentos penais, especialmente,

aqueles direcionados aos criminosos que praticam delitos, que causam maior ojeriza no seio popular, como é o caso dos atos infracionais cometidos por adolescentes, que engrossam as cifras da criminalidade quotidiana.

5.6 Do confinamento dos “inimigos internos” ao fenômeno do Encarceramento em Massa e a descaracterização da figura humana

Umbilicalmente correlato ao tema analisado acima é a superlotação de pessoas presas em cadeias públicas, penitenciárias, presídios, fenômeno que vem sendo denominado como o “encarceramento em massa”, haja vista o crescente número de indivíduos que são capturados e segregados do convívio social.⁴²²

Consoante anota Débora Pastana⁴²³ tem se adotado uma política de confinamento, a qual vem sendo muito utilizada por sinal, a fim de conter as situações que mais ameaçam a população, através da captura das “figuras representativas dos males sociais”, de modo que tal medida se mostra também um dos autênticos clamores que saltam do expansionismo punitivo, razão pela qual se faz necessário analisar o que tem sido gerado com a correspondência a essa vontade de punir por meio do confinamento.

Verifica-se que a correspondência à punição, via pena privativa de liberdade, haja vista ser encarada como aquela mais dura, porque conseguiria conter os indivíduos representativos do “mal”, tem acarretado uma vultosa quantidade de sujeitos encarcerados, muitos deles encarados como figuras inimigas da população, como já ressaltado anteriormente, sendo portadoras, inclusive, de caracteres semelhantes (como por exemplo, a baixa escolaridade e a condição financeira).

A criação de um estereótipo de inimigo fomenta, segundo Wacquant, o avanço do Estado Penal, no sentido do Ente Político investir em políticas criminais recrudescentes e expansivas do aparato punitivo Estatal, como o uso do encarceramento, tal qual uma técnica, a partir de onde “[...] o incômodo problema da marginalidade persistente, enraizada no desemprego, no subemprego e no trabalho precário, pode se tornar menos visível [...]”⁴²⁴, segundo registra o autor.

⁴²² PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar-abril 2009, p. 315.

⁴²³ Ibidem, p. 315.

⁴²⁴ WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 113.

Nesse particular, calha advertir as características que se apresentam no perfil da população carcerária do nosso país, uma vez que, consoante acentua Nilo Batista⁴²⁵, o sistema penal é seletivo, de modo que a população carcerária se encontra repleta de determinados indivíduos, integrantes de alguns grupos sociais, não se mostrando igualitário, como propõe ser.

Por isso, essa crítica ao sistema penal, procurando demonstrar que o aparato punitivo é endereçado à parcelas da sociedade, haja vista que projeta a captura de determinados perfis de delinquentes apenas, se vê confirmado nas informações, que órgãos oficiais, como o Ministério da Justiça, noticiam sobre o assunto.⁴²⁶

Acerca da relação entre baixa escolaridade, o site oficial do Ministério da Justiça, em um Universo de 537.790 presos, em dezembro de 2013, 27.468 eram analfabetos, 65.567 alfabetizados, 236.519 possuíam ensino fundamental incompleto, 64.879 ensino fundamental completo, 59.043 ensino médio incompleto, 41.311 ensino médio completo, 4.314 ensino superior incompleto, 2.153 ensino superior completo e 119 presos possuíam ensino acima do nível superior. Assim, em atenção a estas informações, faz necessário questionar se estas taxas de encarcerados não demonstram que o fato de existir uma grande maioria de presos com grau de escolaridade tão baixa não possa influenciar no direcionamento do indivíduo para a prática do crime, ou pelo menos, para sua captura e aprisionamento.

Vislumbra-se que o mergulho no estudo do fenômeno criminal e suas respectivas causas demonstra que a questão da punição e encarceramento clama por análises e variáveis atinentes a outras áreas a educação escolar, por exemplo, do que pelo direito penal, necessariamente. Nada obstante, assiste-se, hoje em dia, que o problema da criminalidade está sendo visto apenas sob o ângulo do ato criminoso e a punição em si, sem levar em consideração outros fatores envolvidos e relevantes de serem analisados, de modo que os dados informativos aludidos ainda se porta apenas e uma das variáveis relevantes de se analisar.

Assim, o alvo a ser combatido, pela vontade de punir externada no punitivismo moderno, se vê concretamente alcançado, uma vez que existe uma típica “figura inimiga” que frequenta o ambiente carcerário, de maneira que analisar os reflexos de um direito penal do inimigo na sociedade atual conduz à constatação de que tais indivíduos, realmente, vêm sendo capturados e reunidos, em mesmo espaço, que, normalmente, corresponde a penitenciárias,

⁴²⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit. p. 25.

⁴²⁶ Disponível: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/anexos-sistema-prisonal/total-brasil-junho-2013.pdf>. Acesso em 25. 02. 2015.

cadeias públicas, presídios, onde todos compõem um todo denominado “massa encarcerada”. E agora, com a PEC 171, o movimento é no sentido de ampliar o rol de sujeitos aptos a compor as cifras da comunidade carcerária.

Outrossim, muito embora existam discursos de impunidade, dissipado no meio social, no sentido de que muitos agentes criminosos estariam espalhados na sociedade, prontos para capturar uma nova vítima e cometer um crime a qualquer momento; nota-se que o sistema penitenciário se encontra superlotado, com milhares de pessoas capturadas, acusadas de práticas criminosas.⁴²⁷

Ora, a própria locução normalmente empregada para aludir ao fenômeno do crescimento do número de pessoas presas, qual seja, “encarceramento em massa” expressa bem a quantidade de indivíduos que se encontram reclusos, perdendo até mesmo sua identidade em meio ao que se chama de massa, de sorte que a tendência, na hipótese de aprovação da PEC 171, é aumentar ainda mais esse fenômeno.

O vocábulo “massa” parece denotar uma substância obtusa, larga, sem identificação precisa, muito embora esteja repleta de sujeitos, que são compostos de subjetividades e qualidades ímpares, mas que se desconfiguram, justamente, por se encontrarem retirados do convívio social e reunidos em celas, presídios e cadeias, onde, muitas das vezes as condições de espaço, higiene e convivência são negligenciadas, de modo que enxergar o indivíduo ou um sujeito de *per si* nesses locais afigura-se uma tarefa nada fácil.⁴²⁸

Nesse caminhar, o que está em foco diz respeito, justamente, ao crescimento do número de pessoas que são aprisionadas todos os dias e sua relação com o expansionismo punitivo, uma vez que não é raro se cultuar no âmbito popular que a punição dos indivíduos infratores, notadamente aqueles que são vistos como figuras inimigas, irá trazer resultados significativos à segurança pública; no entanto, para além de não solucionar a criminalidade e combater mazelas sociais, a punição generalizada acaba criando outro fenômeno para o Estado se preocupar, que é o encarceramento em massa.

Especificamente, no caso de uma possível aprovação da PEC N. 171/93, o Estado passará a ter mais indivíduos para albergar nos espaços carcerários, realidade que irá contribuir para agravar ainda mais o problema do encarceramento em massa, fator importante a ser posto em reflexão pelas casas legislativas, especialmente, nos momentos de debates e votações à aprovação da Reforma do art. 228 da Constituição Federal.

⁴²⁷ ROSA, Alexandre; KHALED JR, Salah. Op. cit. p. 88-89.

⁴²⁸ ROSA, Alexandre; KHALED JR, Salah. Op. cit. p. 88-89.

Em síntese: o que fazer com a grande quantidade de pessoas presas? Qual tratamento direcionar a essas pessoas, sobretudo considerando que muitos dos que se encontram encarcerados são vistos como inimigos da sociedade? Questionamentos desse tipo têm direcionado as problematizações contemporâneas, fato que mantém íntima relação com alguns discursos que se percebe na expansão punitiva.

Vislumbra-se que a criação do estereótipo criminoso, ao tempo em que configura um indivíduo estranho, indesejado, que desperta ojeriza por parte da sociedade, desconfigura, por outro bordo, o lado humano do sujeito, pois vai restando ofuscada qualquer característica que o faça parecer como qualquer outro indivíduo no meio social. Isso se torna mais grave quando estamos diante de adolescentes, reconhecidos pela Constituição Federal e ECA como pessoas em desenvolvimento, protegidas pela doutrina da proteção integral.

Por tal motivo, pensamentos deste tipo contribuem para o fechamento de outras possibilidades de resolução de problemas sociais, uma vez que o isolamento destes indivíduos indesejados tem sido visto como a medida de preferência a ser tomada. É o que Alexandre da Rosa indica:

Desnecessários e indesejados, estes indivíduos devem ser mantidos longe de nossas vistas, pois representam os ‘demônios interiores’ de uma sociedade que classifica as pessoas conforme a sua capacidade de consumir. Logo, a prisão torna-se o lugar ideal para isolar e neutralizar aqueles que põem em risco nossa segurança e identidade.⁴²⁹

O problema do encarceramento em massa tem demonstrado que este fenômeno resulta no mecanismo encontrado para contenção dos indivíduos, representativos dos males sociais, afigurando, portanto, autêntico efeito decorrente do expansionismo punitivo. Assim, ao invés de se buscar a melhoria das políticas de atenção a adolescentes, busca-se resolver os problemas decorrentes da vulnerabilidade social por meio do sistema punitivo. Nesse particular, vale registrar a percepção de Bauman acerca deste fenômeno:

O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar. [...] O isolamento é a função essencial da separação espacial. O isolamento reduz, diminui e comprime a visão do outro [...].⁴³⁰

Assim, a captura e aprisionamento daqueles que são vistos como figuras inimigas internas acaba demonstrando ser uma saída encontrada por muitos governos para, através de medidas de exclusão social, retirar as fontes de perigos do seio da sociedade, consoante parece ter enxergado Zygmunt Bauman:

⁴²⁹ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 94.

⁴³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências Humanas*. Op. cit. p. 114.

A prisão, porém, significa não apenas imobilização, mas também expulsão. O que aumenta a sua popularidade como meio favorito de ‘arrancar o mal pela raiz’. A prisão significa uma prolongada e talvez permanente exclusão (com a pena de morte sendo o padrão ideal medir a extensão de todas as sentenças). Este significado toca também um ponto muito sensível. O lema é ‘tornar as ruas de novo seguras’ – e o que melhor promete a realização disso que a remoção dos perigosos para espaços fora de alcance e contato, espaços de onde não possam escapar? [...].⁴³¹

Nada obstante, o que se tem verificado também é que, embora os presídios se encontrem superlotados com a captura daqueles que representam perigo e sinônimo de algo indesejado pela população, os problemas que se espera resolver mediante a reprimenda punitiva estatal persistem não solucionados no seio social, assim como também não se resolvem aqueles decorrentes da condição de vulnerabilidade de adolescentes infratores, que acabam por se envolver na criminalidade violenta, sobretudo urbana.

Além disso, tal fato ainda contribui, consoante registra Bauman, para que a construção de novas prisões favoreça muito mais a popularidade dos governos, “[...] dando-lhe a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que ‘fazem algo’ não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente.”⁴³²

Por outro lado, o que se nota, em verdade, é que a proposta pelo isolamento, da forma assinalada acima, parece refletir, concretamente, uma discussão que vem sendo manifestada, atualmente, no sentido de afastar – nessa sociedade de consumo, guiada pelo mercado – aqueles jogadores que são incapazes de participar desse jogo, os excluídos, as figuras indesejadas, enfim, todos que representam o refugo do jogo, os quais são vistos como “demônios interiores”, despontando assim, o aprisionamento, como a nova via, para lidar com tais grupos, isolando-os.⁴³³

Assim, segundo Bauman, o tratamento dado pelo Estado a esses indivíduos excluídos na pós-modernidade gravita em torno de estratégias de exclusão e isolamento – predominando assim, não a atuação de um Estado do bem-estar social, que segundo Wacquant⁴³⁴ teria cedido espaço a atuação de um Estado Penal – implantadas por um Ente Político que opta por construir prisões, afastando do convívio social, os que não se amoldam as suas exigências, política que acaba recaindo, por exemplo, sobre a classe pobre, consoante pondera Bauman:

⁴³¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências Humanas*. Op. cit. p. 130.

⁴³² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências Humanas*. Op. cit. p. 127.

⁴³³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Op. cit. p. 57-58.

⁴³⁴ WACQUANT, Loïc. Op. cit. p. 110-113.

[...] Cada vez mais, *ser pobre* é encarado como um crime; *empobrecer*, como o produto de predisposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado.⁴³⁵

As palavras de Raphael Boldt parecem surgir com acentuada rigidez, contudo expressam um efeito autêntico da onda punitiva: “[...] o punitivismo favorece à reificação e à alienação, pois através do desejo incontável por punição transforma o homem em coisa e impede que o dominado se humanize, se liberte.”⁴³⁶

Assim, o aprisionamento, ainda mais em massa, como estratégia encontrada para “limpar a sociedade”, retirando o “lixo humano”, demonstra a ocorrência de outro fenômeno que vem se manifestando no seio social, caracterizado, na mudança de atuação do Estado em relação às classes excluídas do convívio social, consoante registra Bauman⁴³⁷.

Tal cenário denota o recuo do Estado que primava pelo bem-estar do indivíduo e a opção pelo isolamento, como estratégia de conter tais figuras, longe da sociedade, típico modo de intervir nos problemas atuais, o qual tem se fechado às alternativas que possam resgatar tais indivíduos, principalmente adolescentes, para a vida em sociedade novamente.

Tomando em apreço o caso dos adolescentes em conflito com a lei, vislumbra-se que a via da punição para lidar com esses agentes não favorece uma possível reintegração social ou crença na potencialidade humana e civilizatória desses indivíduos. Pelo contrário, termina por lançar um sujeito ainda em formação num ambiente que irá catalisar a sua capacidade criminógena. Basta citar o fato de que as unidades que recebem tais indivíduos e o tratamento que lhes é endereçado não se diferenciam muito daquele aplicado aos adultos, senão veja-se o relato de Rogério Greco⁴³⁸:

Os mesmos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes são dispensados aos adolescentes. [...] Os adolescentes são jogados em calabouços, afastados de suas famílias e amigos, maltratados por aqueles que deveriam cuidar da sua segurança, espancados por outros adolescentes [...] Por isso, não se podem exigir que saiam do sistema melhores do que quando entraram [...]

Destaque-se ainda que, caso vingue a proposta em aplicar aos adolescentes em conflito com a lei o mesmo tratamento que é dado aos criminosos adultos, muitas vezes, tratamentos elaborados para indivíduos que já possuem uma experiência longa no mundo do crime pode-se estar por realizar uma troca de experiências bastante perigosa, considerando a possibilidade de ratificar a figura real de criminoso em um ser que ainda se encontra no

⁴³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Op. cit. p. 59.

⁴³⁶ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 54.

⁴³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Op. cit. p. 51-57.

⁴³⁸ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional...* Op. cit. p. 209-210.

despertar do seu viver, daí porque as instituições que tem modelos ou tratamentos típicos do cárcere, por vezes, serem denominada como “escolas do crime”, como esses dois termos se combinassem a ponto de formar uma locução tão íntima.

Ademais, tal fato colabora para que outro fenômeno ganhe força, que é a falta de preocupação com políticas públicas que resgatem o potencial humano⁴³⁹ – o qual todo sujeito é portador e, notadamente, os adolescentes, considerados pela legislação brasileira como pessoas em desenvolvimento. Isso porque, ao invés, o que se acarreta são formas de atuação, as quais, sobretudo, da maneira como são implantadas, desembocam na descaracterização do ser humano.

É que, uma vez isolados, a preocupação com os direitos fundamentais de tais indivíduos praticamente inexistente, dado que a ânsia punitiva caminha no sentido de tratá-los com bastante severidade, não vislumbrando neles as características dos “cidadãos de bem”, razão pela qual são cada vez mais vistos como sujeitos indesejados, a quem se deveriam escusar direitos ou empreendimento de medidas, no sentido de investir em suas potencialidades humanas.

Nesse horizonte, percebe-se que retirar ou relativizar direitos e garantias dos que são encarados como fontes de perigo da sociedade, mormente vislumbrando na punição como ato que se encerra em si mesmo, não gerando efeitos que se perenizam (haja vista que na expansão punitiva, por vezes, se ignora as consequências do aprisionamento, por exemplo) é fato que acarreta a “despersonalização” do indivíduo⁴⁴⁰, furtando-lhe a condição de pessoa, mormente por atingir sua condição de sujeito de direitos e garantias fundamentais. Mais grave ainda quando estamos diante da relativização de direitos fundamentais de adolescentes, quando temos em vigor um sistema de proteção integral que estabelece a resposta ao ato infracional não pela via da pena, mas por meio de medidas socioeducativas, que têm caráter educativo, mas também punitivo.

É razoável refletir se o recurso às penas privativas de liberdades, bem como a outras sanções e tratamentos penais de caráter severo, não representa a atuação de um Estado assaz punitivo, o qual tem substituído sua forma de atuar, no sentido de resolver os problemas que atingem seu corpo social, através de tratamentos repressivos e recrudescentes. Essa maneira de lidar com tal problema termina por vislumbrar naqueles que recaem sobre estas medidas,

⁴³⁹ MORIN, Edgar, **A via para o futuro da humanidade**. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 180.

⁴⁴⁰ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 16.

uma espécie de não reconhecimento como sujeito de direito, digno de proteção e investimento em sua feição humana, por parte do Ente Político.

Tal fato tem desembocado também em um ceticismo na reintegração do apenado, consoante acentua Eduardo Galeano⁴⁴¹:

Já não há uma proposta de reintegrar o delinquente à sociedade, recuperar o extraviado, como se dizia antigamente. A proposta, agora, é isolá-lo e já ninguém se dá o trabalho de mentir sermões. A justiça tapa os olhos para não ver de onde vem o que delinuiu, nem por que delinuiu, o que seria o primeiro passo de sua possível reabilitação. O presídio-modelo do fim do século não tem o menor propósito de regeneração e nem sequer de castigo. A sociedade enjaula o perigo público e joga fora a chave [...].

Interessante aludir a reflexão tida por Raphael Boldt⁴⁴², por entender que a disseminação de uma mentalidade punitiva, nos termos ora abordados, tem o condão de contribuir com a descrença no ser humano, a ponto de gerar a descartabilidade da pessoa humana, fato que pode dar margem, portanto, à banalização de sua condição de sujeito, que se vê descaracterizada.

Dessa forma, uma possível dimensão pedagógica, que poderia ser extraída da punição, passa longe de ser uma proposta apresentada, para tornar-se uma política social; antes mesmo, se vê ofuscada pelo poder simbólico contido no gesto de punir que vem se sobressaindo.

Assim, o punitivismo acaba favorecendo a repressão das respostas estatais, em detrimento de uma possível abertura a outras políticas voltadas a promoção humana, sobretudo de adolescentes. As palavras de Boldt⁴⁴³ parecem caminhar neste sentido: “[...] Nossa sociedade, frágil e insegura, tem demonstrado apoio cada vez maior a um Estado mais forte e a ações policiais repressivas, contrapondo-se à implementação de políticas voltadas para a efetivação dos direitos humanos”.

Percebe-se que a imagem da figura humana, à luz do punitivismo, manifestada, sobretudo na forma de encarar a política de confinamento, conduz à falta de políticas públicas, que acreditem na ressocialização da figura humana. Consequentemente, abre-se margem para “políticas” ou saídas encontradas que andem por outras vias de caráter mais repressivo, por exemplo.

Nessa esteira, pensar no desenvolvimento de políticas que busquem a proteção e a promoção dos direitos humanos continua a ser um desafio para a sociedade pós-moderna,⁴⁴⁴ tomando por apreço, especialmente, o fato de que, no punitivismo contemporâneo, o gesto de

⁴⁴¹ GALEANO, Eduardo. Op. cit. p. 113.

⁴⁴² BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 54.

⁴⁴³ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 54.

⁴⁴⁴ BOLDT, Raphael. Op. cit. p. 54.

punir tem sido visto como a saída que tem recebido considerável receptividade no seio social, sendo encarada como meio encontrado para segregar os indivíduos, notados como as figuras representativas de mazelas da sociedade.

A opção em punir, pelo que se noticia, parece ainda ser a via mais cômoda, mais rápida, que demandaria menos esforços (inclusive intelectuais) para se repensar e projetar novas estratégias. Esse panorama se faz sentir, de maneira especial, na discussão que envolve a redução a maioria penal, porquanto seus defensores assinalam que a via da punição parece se mostrar mais fácil de se implantar, do que outras maneiras de lidar com adolescentes que cometem atos infracionais, como a educação, participação familiar, etc.

A correspondência aos anseios punitivos modernos colabora para que ocorra o crescimento na população carcerária (que se alastrará ainda mais, pois com a redução da maioria penal, o número de presos aumentará) e a consequente descaracterização da pessoa humana, ao invés de solucionar muitos problemas que se busca resolver mediante a via punitiva intensiva. Desmistificar tal projeção, apresentando o cenário de hoje, mostra-se um importante passo para se repensar atitudes e discursos já conhecidos pela sociedade, porém que não podem vir dissociados de fenômenos correlatos, que necessitam igualmente ser levados em consideração.

Reitera-se, por ora, o escopo colimado neste capítulo, qual seja, descrever alguns dos fenômenos decorrentes da expansão punitiva intensiva, ampliando-se, assim, o debate em torno de temas que podem parecer simples, mas que se revelam complexos, o que se faz sentir na discussão de temas atuais, como a questão da redução da maioria penal.

Por tal razão, urge que os debates em torno das medidas inspiradas pela expansão punitiva, como é o caso da redução da maioria penal, sejam avaliadas à luz das reflexões apresentadas, bem como dos fundamentos constitucionais do direito penal, especialmente antes de se criar uma lei penal ou adotar uma política recrudescente nesta seara, uma vez que a adoção de uma medida desse naipe pode implicar no agravamento das situações trabalhadas nestes capítulos, as quais se revelam como uma geração de novos problemas para tanto a sociedade, como as Instituições Públicas que lidam com a criminalidade, futuramente, ter que enfrentar.

6 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO EXPANSIONISMO PUNITIVO CONTEMPORÂNEO

“Contra o holocausto nosso de cada dia, um tsunami antipunitivista”.

(ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. *In dubio pro hell*).

6.1 Em busca dos Limites ao Expansionismo Punitivo Contemporâneo

Diante de uma sociedade que tenciona o recrudescimento das sanções penais, socorrendo-se à utilização destas para resolver as desordens e situações que comprometem a coexistência em sociedade, existem vozes que se insurgem no sentido de ora forçar a reflexão, quanto ao uso da via punitiva como panaceia para os males pós-modernos, ora ousando apresentar novos olhares e alternativas acerca desses problemas.

É bem verdade que qualquer empreitada rumo a tal direção, por certo, esbarrará numa sociedade que caminha na contramão de veículos transmissores de uma mensagem que, a princípio, não se agregue aos discursos populares, correndo, inclusive, o risco de ser mal interpretada ou até mesmo vista, equivocadamente, como favorecedora da manutenção das ameaças e medos tangentes ao homem contemporâneo.

No entanto, para autores como Alexandre Rosa⁴⁴⁵ defendem o entendimento de que para o holocausto nosso de cada dia deve haver um movimento que insurja nesta contramão – o que, para esse autor, seria uma espécie de “tsunami antipunitivista” –, uma espécie de brado, oriundo das poucas vozes que, corajosamente, apelam para um novo olhar acerca do fenômeno expansivo da punição.

Não se pretende com apelos desse tipo furtar da população o direito de expressar seus anseios e pretensões (que são legítimas) de se ver livres das inseguranças que lhe assombram, comprometendo sua segurança e liberdade. No entanto, diante das consequências listadas alhures, as quais podem ser agravadas, caso se compactue, cada vez mais, com os clamores por expansão punitiva, revela-se necessário encontrar vias que possam frenar os excessos da expansão punitiva, sobretudo quando estamos diante de intervenções de natureza constitucional, como é o caso da PEC N. 171/93, que pretende reduzir a maioria penal no Brasil.

Ao menos se procura encontrar mecanismos, os quais levem a sociedade a refletir sobre as medidas e projetos de índole criminal, e que funcionem na filtragem aos excessos do expansionismo punitivo, que não compactuam com os fundamentos do direito penal, muitos

⁴⁴⁵ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit. p. 93.

deles albergados na Carta Magna, sob pena de se desnaturar a razão de ser desse ramo do direito, desvirtuando-o de suas finalidades basilares.

Se outrora a luta contra a repressão e violência desmedida era abraçada para fazer frente aos arbítrios do Estado; contemporaneamente procura-se utilizar os mecanismos que a legislação assegura para limitar um fenômeno que brota sociedade, que vem se configurando rumo à punição de determinados indivíduos – como os adolescentes, até então tutelados constitucionalmente, mediante um sistema protetivo de direitos e garantias, que partem da concepção de que estes são pessoas em desenvolvimento – encarados, então, como fonte de perigo, fato que necessita ser balizado, a fim de não recair em arbitrariedades, injustiças ou excessos.

Por outro lado, é necessário registrar que mesmo amparado em valores sólidos e numa argumentação baseada na ordem jurídica, onde se procura denunciar os efeitos causados pelas formas de combate aos males contemporâneos, vê-se que não tem se mostrado tarefa fácil ter êxito neste objetivo. Isso porque existem resistências não só a um movimento anti-punivista, mas também à utilização dos fundamentos do direito penal – muitos deles princípios constitucionais penais –, para servir tanto como parâmetro na adoção de medidas e propostas na seara penal, como também para orientar e regular a atuação dos operadores do direito e legisladores, colimando limitar a demanda por punição.

Há que se fazer menção à crítica encampada na pós-modernidade acerca do uso dos fundamentos do direito penal para lidar com os problemas que se apresentam na seara penal, como o caso dos limites à expansão punitiva, pois consoante ressalta Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁴⁴⁶, há quem entenda que tais instrumentos não mais se prestam a solucionar os problemas contemporâneos, porque estariam desconectados da sociedade complexa de hoje.

Entretanto, mesmo em tempos de modernidade líquida, onde as substâncias se esvaem na fugacidade dos novos tempos⁴⁴⁷; os fundamentos do direito penal, ao passo que recordam as bases e estruturas do sistema punitivo, aparecem como um dos meios para dar mais solidez no emprego dos institutos penais, especialmente frenando a utilização equivocada das sanções de natureza penal.

Assevera Luiz Carlos Freitas⁴⁴⁸, interpretando a pós-modernidade, que na ótica atual do sistema, tudo que se revela fundante atrasa o consumo. Nessa linha de pensamento, pode-se chegar à ilação de que a seara consumerista – influente na dinâmica social – procura

⁴⁴⁶ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 129.

⁴⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Op. cit., p. 8.

⁴⁴⁸ FREITAS, Luiz Carlos. Op. cit. p. 87.

exatamente repelir tal característica, de modo a não inseri-la na modulação dos produtos e propagandas disseminadas ao público, haja vista que por tencionar a dinamização do uso dos bens, aposta na descartabilidade, não se preocupando com a raiz ou substâncias fundantes de algo, mentalidade que, de alguma forma, se encontra arraigada na população.

Esse cenário acaba explicando um dos motivos da repulsa ao que se revele fundante, o que tão só demonstra a necessidade de se estabelecer esteios, onde o operador do direito possa se apoiar para afastar ou, quando menos, filtrar das perspectivas equivocadas e apressadas acerca do uso das sanções penais, tudo aquilo que possa desnaturar sua respectiva utilização. Tais bases podem ser encontradas nos fundamentos constitucionais do direito penal, instrumentos idôneos a funcionarem com tal mister.

Assim, caberia ao jurista ou intelectual do direito, como prefere Alexandre Rosa⁴⁴⁹, contribuir, dentro de seu raio de abrangência, diante de um quadro como esse, atuando no sentido de não ceder às práticas punitivas, mas, pelo contrário, buscar novas saídas para que a sociedade não se contamine por instintos punitivos e feche os olhos para o cenário de guerra e terror que a alimentação ao recrudescimento penal pode acarretar.

A propósito dessa cautela que o jurista deve tomar (independente do segmento do sistema penal que atue) para filtrar, à luz do ordenamento jurídico, o que advém da expansão punitiva, nota-se que se trata de uma urgência atual, basta se aludir à recente discussão quanto ao posicionamento emitido pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no dia 17.02.2016, quanto a possibilidade de se antecipar o cumprimento da pena, mediante execução provisória para os processos que se encontrarem em segunda instância. Veja-se interessante trecho do relator do processo, o Ministro Teori Zavascki:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. Op. cit. p. 93.

⁴⁵⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292.NUME.+OU+126292.ACMS.%29+%28TEORI+ZAVASCKI%29.NORL.+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29.NORV.+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29.NORA.+OU+%28TEORI+ZAVASCKI%29.ACMS.%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/jaekaue>. Acesso em: 28.05.2016.

N'outro bordo, deve-se sopesar que encampar uma luta no sentido de frenar as diversas formas da expansão punitiva se manifestar implica em reconhecer, desde o início, a necessidade de contar com esforços de diversos especialistas e enfoques, o que não impede que a seara jurídica se empenhe em contribuir, dentro de suas possibilidades, ciente que tal desafio não é vencido de uma forma simples ou apressada (desejo expressado por muitos), conforme destaca Alberto Marques dos Santos⁴⁵¹:

Quando se alça voo em busca das soluções para o problema criminal acaba-se invariavelmente aterrissando no território desalentador do óbvio: para problemas colossais não existe solução fácil nem fórmula mágica, mas só remédios caros, amargos, e que só surtem efeitos a longuíssimo prazo.

Aliás, consoante registra Friedrich Muller⁴⁵², o lugar do jurista deve ser junto ao povo, fato que acarreta a ilação de que o operador do direito deve, a partir do conhecimento técnico, principalmente, dentro de seu raio de alcance, e, se necessário, até próximo à comunidade, colaborar para que o direito penal não se desnature e a expansão por punição não enraíze no seio social a ponto de acarretar um quadro de terror e vingança privada.

Assim, evita-se tão só descrever o fenômeno punitivista que se assiste atualmente, razão pela qual se procura aludir aos fundamentos que podem limitar os excessos da demanda por mais punição. Tais fundamentos colaboram através de institutos vindos do próprio direito penal para a contenção de um cenário de terror social, isto é, de guerra de uns contra outros.

Ademais, caminhar n'outro sentido pode implicar no desvirtuamento dos fins do direito penal. Demonstrando preocupação com a maneira como o direito penal poderia vir a ser utilizado ou modificado, assinalara Betiol⁴⁵³:

O direito penal foi sempre a mais atormentada das disciplinas jurídicas. Nunca se contentou com esquemas e com irrealidades. Sempre reagiu contra qualquer tentativa de mumificação e de embalsamento conceptual, porque nele palpita o coração de um homem concreto, que busca o seu caminho na concretização da vida moral. É um caminho de sacrifício e dor, sempre, porém, iluminado pelo raio da luz de uma esperança de redenção.

Longe de se advogar qualquer intento abolicionista do direito penal, o que se busca é advertir quanto ao cuidado com a utilização de seus institutos, a fim de não desnaturar a finalidade deste ramo, como também não causar injustiças e excessos em detrimento de determinadas categorias de indivíduos. Por isso, este quinto capítulo procura analisar de que maneira os fundamentos do direito penal, especialmente, os que acham positivados no Texto Constitucional podem funcionar como mecanismo de limitação às reivindicações que visam

⁴⁵¹ SANTOS, Alberto Marques dos. Op. cit. p. 103.

⁴⁵² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

⁴⁵³ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 5.

intensificar as sanções de natureza penal e políticas criminais, notadamente em sede de reforma constitucional, como no caso de redução da maioridade penal.

Para tanto, parte-se da perspectiva de que o direito penal não representa apenas o ato punitivo em si, haja vista que a aplicação da sanção penal se encontra vinculada a diversos fundamentos de direito penal, inclusive de matriz constitucional, que além de oferecerem base para sua efetivação, balizam também a forma de serem aplicadas.

Assim, urge identificar e tecer considerações relevantes acerca dos limites à utilização dos instrumentos punitivos que o Estado dispõe, sob pena de que, amparados numa visão fragmentada do direito penal, tais ferramentas sejam utilizadas tão somente para alimentar uma ânsia por punição, descuidando-se dos direitos e de todo um sistema de garantias que esses fundamentos buscam proteger.

Tem-se um olhar especial para a função garantista do direito penal porque, consoante se verá adiante, tal perspectiva ajuda na tarefa de encontrar fundamentos que apresentem um modelo de direito penal minimalista, a ser utilizado, exatamente, quando outras searas do direito não forem capazes de resolver as situações que comprometem a coexistência em sociedade, revelando assim, um importante contributo por oferecer bases para ancorar o estudo acerca de possíveis limites à onda de punição que se assiste na hoje em dia.

Por isso, busca-se explorar a dimensão limitativa dos fundamentos do direito penal, mormente porque se encontram expressos, em forma de princípios, muitos deles guarnecidos pela Carta Magna de 1988, a qual, consoante se verá, acaba aparecendo como um instrumento de reforço a serviço da luta contra a expansão punitiva, sobretudo naquilo que esta possa contraditar as finalidades do direito penal, uma vez que na Constituição Federal, como assinalado por Luciano Feldens⁴⁵⁴, se encontram os valores, nortes e limites que dão as coordenadas ao caminhar do direito penal no Estado Democrático de Direito brasileiro.

6.2 Da função garantista ao modelo de direito penal mínimo, como forma limitativa ao poder de punir

Consoante ressaltado no limiar deste estudo é possível se atribuir ao direito penal uma função garantista, a qual caminha no sentido de que este ramo do direito tem por finalidade tanto prevenir o cometimento de novos delitos no seio social, protegendo assim a sociedade frente ao infrator, como também defender esse das reações informais da sociedade.

⁴⁵⁴ FELDENS, Luciano. Op. cit. 59-65.

Essa função, desempenhada pelo direito penal, caso se tome por modelo a ser seguindo conforme as máximas que comporiam um Sistema de Garantias – SG, conduziriam, segundo Ferrajoli, a um modelo de direito penal mínimo ou direito penal máximo, a depender da aproximação ou afastamento destes fundamentos representativos de um modelo garantista de direito penal, segundo a perspectiva do mestre italiano.

Assim, quando se parte em busca de uma maneira de enxergar o direito penal com vistas a encontrar uma forma de seus próprio fundamentos limitar a utilização e aplicação das sanções penais, verifica-se que as garantias apresentadas por Ferrajoli se mostram importantes para esta tarefa.

Isto porque, se por um lado não buscam limitar diretamente uma espécie de expansão punitiva, por outro lado – haja vista tencionar impor limites aos abusos e excessos do poder de punir pelo Estado – contribuem à limitação do expansionismo punitivo. Assim, revela-se comum reivindicar-se o uso do aparato coercitivo estatal para alimentar a demanda por punição, de modo que frenar a utilização da máquina pública punitiva, que, por vezes, significa frenar a própria expansão punitiva.

Por tal razão, esta perspectiva garantista de Ferrajoli, que oferece o modelo minimalista de direito penal, consoante os termos que se verá adiante, revela-se uma forma de enxergar o direito penal, compatível com o objetivo tencionado de utilizar seus respectivos fundamentos, a fim de limitar abusos e excessos da expansão da punição.

No garantismo que Luigi Ferrajoli procurou desenvolver, percebe-se uma forma de enxergar o direito com vistas a limitar os poderes estatais, criticar a validade e eficácia de diplomas normativos, buscando ainda imprimir a ideia de que tanto o Estado como o Direito foram criados para defender e realizar os direitos fundamentais, o que faria essa teoria deter condições de efetuar tais objetivos em diversas áreas do direito.⁴⁵⁵

Segundo Ferrajoli, o termo garantismo possui três diferentes formas de ser compreendido. A análise dessas três acepções é importante neste trabalho, motivo pelo qual urge que sejam apreciadas, especialmente, antes de se direcionar seus ensinamentos para o objetivo eleito para enfoque, qual seja, a necessidade de encontrar limites ao poder de punir a expansão punitiva.

Há que se registrar que a primeira forma de compreender o garantismo corresponde a um modelo normativo de direito, que no plano epistemológico se caracteriza como um

⁴⁵⁵ GAVAZZONI, Antonio Marcos; MARCELLINO, Jr. Julio Cesar. **Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: Diálogos Cruzados.** Reflexões sobre o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Estudo cruzado das lições de Lorenzo Cordova Vianello e Ermanno Vitale. Orgs. Antonio Marcos Gavazzoni; Julio Marcellino Jr. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 126.

sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o ponto de vista político, representa uma técnica idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade; e, por fim, sob o plano jurídico, corresponde a um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.⁴⁵⁶

De acordo com essa perspectiva inicial, fica registrado que o modelo garantista procura imprimir uma formação moderna do Estado de Direito, que funcione sob o império da lei geral e abstrata (correspondendo a uma legitimação formal), mas também procure a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante limitações impostas nas Constituições por meio de deveres públicos (eis a face da legitimação substancial).⁴⁵⁷

Nas limitações e deveres impostos aos Entes Públicos, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto normas que norteiam sistemas protetivos voltados à determinada categoria de sujeitos, consoante já registrado no caso das crianças e adolescentes, como também estabeleceu direitos e garantias fundamentais que funcionam como limites a própria atuação do Estado.

Conforme anota Luiz Regis Prado, “ao termo garantismo está impingida a ideia de segurança, proteção, tutela, acautelamento ou defesa de *algo*”.⁴⁵⁸ Nesse contexto, pode-se inferir que os elementos que compõem esse modelo normativo não tenciona outra coisa se não funcionar como escudo protetivo dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, o garantismo buscaria dar um novo contorno funcional ao modelo de Estado de Direito⁴⁵⁹, justamente por vislumbrar nele o arquétipo propício para submeter os três poderes ao primado da lei geral e abstrata, com vistas a lograr atingir também com isso, o poder mínimo, tendo por intuito a diminuição da violência e a prevalência da liberdade,⁴⁶⁰ delimitando assim, a função punitiva do Estado.⁴⁶¹

Para Salo de Carvalho, o garantismo funcionaria como uma limitação das violências, visto que no seu entender “com a invenção (em sentido genealógico) dos direitos humanos pelo liberalismo político, o papel auferido ao direito penal, ao processo penal e à política

⁴⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 785-786.

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 790.

⁴⁵⁸ PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º a 120. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104.

⁴⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 789-790.

⁴⁶⁰ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Organizadores: Bruno Calabrich; Douglas Fischer; Eduardo Pelella. 2ª tiragem. Salvador/BA: JusPodivm, 2010, p. 28.

⁴⁶¹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 104

criminal foi o de construir barreiras ao poder de punir, limitando ao máximo sua intervenção”.

462

Numa segunda acepção, Ferrajoli informa que o garantismo procura fornecer os subsídios necessários para se elaborar uma teoria crítica do direito, propondo distinguir os planos da normatividade e da realidade (neste particular, a teoria sofre reflexos das lições de Hans Kelsen, haja vista que se procura fazer uma distinção entre o mundo do “ser” e do “dever ser”).⁴⁶³

Isso porque o garantismo, sob tal ótica, procuraria manter separados, no direito, o mundo do “ser” e o mundo do “dever ser”, propondo realizar uma análise da divergência existente nos ordenamentos complexos entre os modelos normativos que seriam tendentes ao garantismo e práticas operacionais que não seriam tendentes ao modelo garantista.⁴⁶⁴

Ainda de acordo com o professor italiano, o segundo significado para o garantismo é aquele que o designa como teoria jurídica da validade e da efetividade, que, segundo Ferrajoli, seriam categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas.

Neste entender, no contraponto entre norma vigente e norma válida, ensina que uma norma poderia se encontrar em vigor, bastando que se adequasse aos parâmetros de validade formal, logrando quando resguardasse as formas e procedimentos de criação de atos normativos, enquanto que a norma gozaria de validade quando fosse aferida mediante juízos de valor, onde o conteúdo e significado entrariam em jogo para que fosse avaliada sua validade sob o ponto de vista substancial.

Essa perspectiva do garantismo procura fazer uma análise crítica das leis vigentes, visando imprimir uma teoria que, segundo Ferrajoli, seria de divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigente.

Como acentuado pelo mestre de Florença, essa perspectiva crítica não é externa, política ou metajurídica, mas interna, científica e jurídica, voltada ao universo jurídico, procurando evidenciar as antinomias, de modo a retirar tanto a legitimidade (do ponto de vista normativo do direito válido), quanto os contornos antiliberais, bem como os momentos de arbítrio do direito efetivo.⁴⁶⁵

Importa registrar que transportando tal perspectiva do garantismo para a discussão em torno da aprovação da PEC 171/93, verifica-se que a alteração da norma constitucional prevista no art. 228 da Carta Magna, certamente, desembocará em discussões quanto a real

⁴⁶² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203.

⁴⁶³ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 105.

⁴⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 786.

⁴⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 787.

validade substancial dessa norma, haja vista que pode vir a romper com a lógica do sistema protetivo atual, que busca, em primeiro lugar, a promoção e desenvolvimento das crianças e adolescentes, além da prevenção de tipo de violência, crueldade, a esses indivíduos, ainda que tais atos sobrevenham do poder punitivo estatal.

Além destas duas acepções, um terceiro significado para o garantismo seria entendê-lo como filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constitui a finalidade.⁴⁶⁶

Procurando analisar tanto o Estado, quanto o Direito do ponto de vista externo, Ferrajoli apresenta uma perspectiva de encará-los como verdadeiros instrumentos a serviço da proteção dos indivíduos⁴⁶⁷, visto que, segundo o autor, “o Estado é um *meio*, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola.”⁴⁶⁸

Consoante anota Luiz Regis Prado, sob essa perspectiva, o garantismo “aduz, portanto, em seu bojo, uma concepção instrumental ou *artificial* do Estado e do Direito, porquanto só o indivíduo e seus direitos desfrutam de uma concepção natural [...]”.⁴⁶⁹ A reflexão do jurista brasileiro segue a linha de pensamento de Ferrajoli, mormente quando esse vaticina: “não apenas o direito penal, mas o direito em geral, é concebido como um ‘artifício’ criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. O que para esse é *natural* não é, com rigor, o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais [...]”. Seguindo essa esteira, pode-se asseverar que justificaria a existência do Estado, exatamente, esta função tipicamente instrumental do Ente Político, a qual fora criada com o fito de efetivar finalidades externas, refletidas na satisfação dos direitos fundamentais do cidadão.

As palavras de Luiz Regis Prado parecem arrematar a finalidade colimada pelo pensamento de Ferrajoli:

A teoria do garantismo visa à estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado democrático de Direito – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais.⁴⁷⁰

Fazendo um juízo interpretativo da redução da maioria penal à luz dessa terceira perspectiva do garantismo, é possível antever que a aprovação da PEC 171/93 irá acarretar

⁴⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 787.

⁴⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. 105.

⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 812.

⁴⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 105.

⁴⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 105.

limites a direitos e garantias individuais das crianças e adolescentes. Dessa maneira restringe-se ainda a lógica protetiva voltada a esses sujeitos, a qual a Constituição Federal albergou em seu texto normativo. Isso se perfaz, haja vista que tal reforma constitucional modifica a natureza da responsabilidade do menor, que deixará de ser regida por um diploma normativo de caráter tutelar, para receber um tratamento de punição tradicional.

A adoção de tal medida, sob essa ótica, portanto, pode redundar num retrocesso histórico e normativo, porquanto pode redundar na volta ao tratamento das crianças e adolescentes como adultos em miniatura⁴⁷¹, quando na verdade eles são seres humanos ainda em desenvolvimento não podendo ser equiparados a sujeitos mais maduros. Foi justamente essa percepção que alterou a legislação pátria, especialmente na década de 90, tida por muitos como uma autêntica conquista, a qual pode ser revogada, caso a Proposta de Emenda para reduzir a maioria penal vingue na ordem jurídica, reinstaurando o que Milton Bezerra de Lima e Verônica Cecília Alves da Silva Mafra denominam de “cultura menorista”⁴⁷², termo empregado para fazer menção a esse retrocesso no tratamento aos direitos e garantias já conquistados pelas crianças e adolescentes.

Uma vez restando configurado tal quadro de retrocessão, o caso pode acabar esbarrando n’outra discussão constitucional, que é justamente a violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual busca preservar tais liberdades de legislações restritivas ou desabonadoras a eles. Segundo Gilmar Mendes⁴⁷³, “embora omissa no Texto Constitucional brasileiro, a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo Constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”.

Outrossim, discorre-se acerca da função garantista, porque conduz a um modelo de direito penal que aduz em seu bojo fundamentos que trazem consigo o condão de fornecer as balizas necessárias à utilização dos instrumentos coercitivos estatais para alimentar a demanda por punição contemporânea. Isso porque, visitando as reflexões de Ferrajoli, é comum encontrar em sua obra a constante relação que o autor trava entre diversos modelos de sistemas penais, de sorte que, ao firmar determinados contrapontos entre modelos diversos, termina por esclarecer o que tenciona com sua teoria.

⁴⁷¹ DOS SANTOS, B. R.; TORRES, A. S.; NICODEMOS, Carlos; DESLANDES, S. F. Op. cit. p. 20.

⁴⁷² LIMA, Milton Bezerra de; MAFRA, Verônica Cecília da Silva. O atendimento Socieducativo: Discutindo Possibilidades. **Escola de Conselhos de Pernambuco**: extensão universitária e direitos da criança e do adolescente. Humberto Miranda Org. Recife: Linceu, 2013, p. 35.

⁴⁷³ MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 215.

Assim, ao relacionar o garantismo com outros modelos de sistemas penais, Ferrajoli acaba por elaborar uma proposta denominada de Sistema Garantista, Cognitivo ou de Legalidade Estrita, concebido como “Sistema Penal SG”, que segundo o próprio autor, seria uma espécie de modelo-limite, composto por dez garantias, também denominadas axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, os quais formariam o referido sistema, que seria apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível.

Para Ferrajoli, tais garantias se expressariam da seguinte maneira: “Não há pena sem crime” (princípio da retributividade), “não há crime sem lei” (princípio da legalidade), “não há lei penal sem necessidade” (princípio da necessidade ou da economia do direito penal), “não há necessidade sem ofensa” (princípio da lesividade), “não há ofensa sem ação” (materialidade ou da exterioridade da ação), “não há ação sem culpa” (princípio da culpabilidade), “não há culpa sem jurisdição” (princípio da jurisdiccionariedade), “não há jurisdição sem acusação” (princípio acusatório), “não há acusação sem prova” (princípio do ônus da prova), “não há prova sem defesa (princípio do contraditório ou da defesa).⁴⁷⁴

Essas garantias, positivadas em vários ordenamentos jurídicos (entre eles, no Texto Constitucional brasileiro) proporcionam aos cidadãos os mecanismos necessários para exigir tanto a efetivação de direitos fundamentais quanto a proteção de eventuais arbitrariedades praticadas pelo Ente Estatal, que na seara penalista corresponderia à função de impor limites ao poder de punir do Estado.⁴⁷⁵

Adverte o mestre italiano quanto à importância das garantias para frear os abusos cometidos pelos poderes, quando se tornam absolutos, pois “[...] os poderes, diante da ausência de limites e controles, tendem a concentrar-se e a acumular-se em formas absolutas: a transmutar-se, na ausência de regras, em poderes selvagens. Disso resulta a necessidade de não só defender, mas também de repensar e refundar as garantias constitucionais. [...]”.⁴⁷⁶

Nesta zona de compreensão da matéria, ganha relevo a discussão em torno da redução da maioria penal, especialmente os argumentos encampados por seus opositores, uma vez que as garantias e direitos previstos no art. 227 da CF podem ser vislumbrados como espécies de limites ao poder de punir do Estado.

Diz-se isso porque, haja vista ter a Carta Magna disciplinado que para as crianças e adolescentes o tratamento principal a ser endereçados a tais sujeitos deve ser banhado pela lógica da proteção e promoção humana – exatamente, por causa da condição de maturidade

⁴⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91.

⁴⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

⁴⁷⁶ Ibidem. Op. cit. p. 15.

que, por presunção e decisão política constitucional, esses ainda estão a conquistar – acaba afastando quaisquer outros princípios para nortear esta tutela, fazendo crer que o sistema punitivo não seria o mais condizente com tal objetivo constitucional. Basta ver a lógica, até mesmo reiterada exaustivamente no ECA, que a tutela e promoção humana das medidas socioeducativas contém.

Ademais, imbuído com essa perspectiva, é possível vislumbrar que a função garantista desempenhada pelo direito penal não busca eliminar o poder de punir do Estado, mas tenciona apresentar limites ao seu exercício, conforme leciona o mestre italiano:

Cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. [...] A função específica das garantias no direito penal, [...], na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.⁴⁷⁷

Embora Ferrajoli deixe claro que o sistema garantista seria uma espécie de utopia, por outro bordo, reconhece a possibilidade de que, a partir do modelo proposto, seria possível alcançar graus de garantismo, nos diversos tipos de sistemas penais existentes, isso porque o professor de Florença acredita que tais princípios seriam como regras do jogo fundamental do direito penal, as quais teriam por serventia limitar o poder penal absoluto.⁴⁷⁸

Dessa maneira, contrapondo diversos tipos de sistema penal, que se adequariam em graus diferentes ao modelo ideal garantista, Ferrajoli reconhece que tais sistemas oscilariam entre mais ou menos garantista, a depender do grau de observância aos fundamentos contidos no modelo de Sistema SG.⁴⁷⁹

Ademais, a medida de observância aos fundamentos que compõem o sistema de garantias SG aludida por Ferrajoli⁴⁸⁰ diz respeito à correspondência (ou não) a um modelo eminentemente garantista, a depender, segundo o autor, do grau de aproximação a esse modelo ideal. Haveria, portanto, dois extremos (por ele denominados de “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”) que denunciariam o maior ou menor vínculo garantista que um sistema de direito e responsabilidade penal assumiria. Veja-se:

Os sistemas de direito e de responsabilidade penal, distinguidos nos parágrafos precedentes, oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis não apenas com dicotomias saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também com o caráter condicionado ou incondicionado, ou bem limitado ou ilimitado do poder punitivo. [...] Denomino a estes dois extremos ‘direito penal mínimo’ e ‘direito penal máximo’, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas

⁴⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Op. cit. p. 91.

⁴⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91-101.

⁴⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91-101.

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. 101.

estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas.

Partindo em busca de um modelo de direito penal que se adeque ao sistema garantista, adverte Luiz Régis Prado, se encontrará pelo caminho a necessidade de enfrentar a tensão entre “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, por certo a fim de que se vislumbre para que extremo um possível modelo irá tender.⁴⁸¹

Nada obstante, tendo em vista que a presente produção acadêmica procura desvendar o papel limitativo que os fundamentos do direito penal operam frente ao poder de punir do Estado, optará por firmar suas considerações, buscando se aproximar do modelo de direito penal mínimo, tomando ainda esse “extremo” como modelo de direito penal a ser alcançado, ainda que não perfeitamente, mas em níveis possíveis de alcance.

Há quem denomine os fundamentos listados por Ferrajoli como princípios de direito penal mínimo⁴⁸² ou princípios de índole garantista, o fato é que o esforço em se demonstrar tal perspectiva tem sua razão de ser, considerando que esta concepção de direito penal fornece instrumentos que colaboram no papel de limitar o uso das sanções penais com o fito alimentar a demanda punitiva.

Não poderia se pactuar com uma proposta diferente desta, quando se procura limitar o uso do aparato punitivo estatal, uma vez que a correspondência ao que prega o expansionismo punitivo desembocará em um modelo de direito penal máximo, suscetível a arbitrariedades e excessos de poder, motivo pelo qual procurando se evitar esse quadro, socorre-se a uma perspectiva minimalista do direito penal.

A corrente minimalista do direito penal procura canalizá-lo tão somente para aquelas situações onde outros ramos do direito não sejam capazes de solucionar o conflito que se vislumbra no seio social, preservando a aplicação das sanções penais para os casos que mais se adequem a seu emprego.

Por isso, trazer para o sistema penal a faixa de adolescentes entre 16 e 18 anos, com a redução da maioridade penal, significa um enorme retrocesso e verdadeira violação de direitos fundamentais desses sujeitos de direitos, considerados pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento dessa condição é essencial para a compreensão de que a PEC 171/93 representa afronta a direitos fundamentais e encontra na própria Constituição os limites para a sua aprovação.

⁴⁸¹ PRAZO, Luiz Régis. Op. cit. p. 105.

⁴⁸² GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 30.

6.3 Constituição Federal de 1988: lugar de abrigo dos limites à expansão do poder de punir

Pensar em um modelo de direito penal mínimo conduz à reflexão acerca dos possíveis fundamentos que representariam essa forma de conceber a seara penal, bem como em qual lugar de uma ordem jurídica poderiam ser encontrados, a fim de serem identificados para uso e cumprimento do mister específico que cada um deles se propõe a cumprir.

Dessa forma, para além de querer descortinar o intento do legislador, se foi adotar uma perspectiva minimalista do direito penal ou não, o fato é que, no Texto Constitucional brasileiro, encontram-se, positivados no rol de direitos e garantias fundamentais verdadeiras balizas ao exercício do poder de punir de Estado, as quais podem ser utilizadas como mecanismo de limitação a onda punitiva, inclusive em sede de Proposta de Emenda Constitucional.

Tais princípios tangenciam o direito penal mínimo, porque não negam o poder punitivo estatal, mas tão somente estabelecem as diretrizes e balizas, para que esse possa ser exercido nos moldes a permitir o máximo de liberdade e o mínimo de arbitrariedade, sendo exatamente o intuito colimado também pela visão garantista do direito penal. Vale ressaltar o que afirma Luciana de Medeiros Fernandes⁴⁸³ acerca dessa temática:

Falar em direito penal mínimo não é estatuir a ductibilidade destituída de critério e o permissivismo, mas sim edificar uma ordem jurídica compatível com os direitos da humanidade, negando ao Estado uma liberdade irrestrita para perseguir, acusar e reprimir – o que apenas se concilia com regimes arbitrários e ditatoriais, em que as pessoas são estimuladas a verem no outro apenas um inimigo, dissolvendo-se, em consequência, os vínculos societários (a negação do outro destrói a idéia de sociedade, e pois, o próprio direito). Ademais, o direito penal mínimo propõe uma graduação das penas, segundo delito e delinquente e consideradas a vítima e a esfera ofendida, de tal sorte que, se solução menos incisiva se mostrar suficiente ao processo de reintegração social, deverá ela ser preferida, deixando às situações mais graves as penas mais agressivas.

Muitos desses foram acolhidos pela Carta Magna de 1988, razão pela qual é comum reportar a esses como princípios constitucionais penais, haja vista que tanto se encontram positivados na Constituição, como carregam consigo um conteúdo típico de matéria penal, enxergando-se nesses ainda, segundo Rogério Greco, autênticos fundamentos⁴⁸⁴ da seara penal, os quais trazem em seu bojo as orientações e limites de como o poder punitivo deve ser

⁴⁸³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 69, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez., 2007, p. 83.

⁴⁸⁴ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 67.

exercido, mesmo quando as expressões do punitivismo advêm da tentativa de reforma da própria Constituição.

Os dispositivos legais que possibilitam a extração desses princípios, ao passo que revelam seu conteúdo penal, por outro bordo, haja vista se encontrarem vazados na Constituição Federal, não herdam somente a nomenclatura desta, mas também a força normativa desse diploma legal, passando a funcionar também como autênticos vetores para o ordenamento jurídico, especialmente, para o direito penal.

Ademais, a relação entre Carta Magna e direito penal tem assumido uma singular proximidade, a ponto de a Constituição condicionar este ramo em várias dimensões, pois, consoante assevera Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁴⁸⁵, o direito penal tem sido esse subsistema que deve guardar observância à Constituição Federal.

Assim, o amparo na Constituição, diante do intento de frenar a expansão punitiva, se mostra fundamental, pois consoante o conteúdo desses princípios – os quais ela traz em seu bojo – somado à hierarquia normativa, são importantes instrumentos para fazer frente à onda de punição, especialmente nos casos em que todo um sistema de proteção a crianças e adolescentes está na iminência de ser modificado por reforma pontual na Constituição, por meio de Proposta de Emenda Constitucional.

Na esteira de pensamento Alberto Jorge Correia de Barros Lima, vislumbra-se que os princípios constitucionais penais assumem relevância nesta seara, pois representam uma “[...] exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do direito penal em um Estado Democrático de Direito. [...]”⁴⁸⁶, fato que, certamente, acarreta reflexos de seus respectivos conteúdos também no que diz respeito à limitação ao punitivismo hodierno.

Tais princípios vêm sendo, historicamente, denominados como princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX)⁴⁸⁷; princípio da culpabilidade (art. 5º, inciso XLV; art. 5º, inciso LVII)⁴⁸⁸; princípio da humanidade (art. 5º, inciso XL)⁴⁸⁹; princípio da intervenção mínima

⁴⁸⁵ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 59.

⁴⁸⁶ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 65.

⁴⁸⁷ Art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁴⁸⁸ Art. 5º [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴⁸⁹ Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

(implícito na Carta Magna, extraído a partir do fundamento da dignidade humana⁴⁹⁰) e princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI).⁴⁹¹

Não se pode deixar de destacar também que em paralelo com esses fundamentos constitucionais penais, existem ainda outros princípios, também contidos no texto constituinte, que muito embora não sejam eminentemente penais, também limitam a atuação do poder punitivo estatal, mormente para as crianças e adolescentes em conflito com a lei, tal é o desiderato do princípio da prioridade absoluta, extraído do art. 227 da Constituição Federal, bem como a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, como outras normas previstas na Constituição Federal que fundamentam o sistema socioeducativo, afastando, portanto, crianças e adolescentes do sistema punitivo.

Outrossim, no que diz respeito aos princípios constitucionais penais, sabendo que a Constituição Federal de 1988 positivou todos eles, ainda que implicitamente, far-se-á uma análise de cada um especificamente, sob as lentes de um modelo minimalista do direito penal, a fim de extrair através desta versão analítica, tanto a maneira de compreendê-los tal qual autênticos fundamentos de direito penal, como também procurando vislumbrar por qual(is) razão(ões) podem desempenhar uma função limitativa à expansão punitiva, em sede constitucional.

Como alertado por Ferrajoli, os fundamentos apresentados pelo modelo garantista “[...] já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de Direito*.”⁴⁹² Exemplo desta “incorporação” pode ser visto na atual Constituição Federal de 1988, uma vez que os princípios ressaltados acima guardam pertinência com a função garantista, por vezes, atribuída ao direito penal.

Não é sem razão que, ao se analisar, por exemplo, o rol de garantias e fundamentos positivados na Carta Maior da pátria brasileira, à luz desta perspectiva, torna-se possível asseverar que essa Constituição se qualifica como um lugar de abrigo aos limites do exercício do poder de punir, uma vez que em seu texto normativo vislumbram-se os principais fundamentos que tanto procuram proteger a sociedade, quanto o próprio infrator, razão pela qual apresenta balizas à utilização das sanções penais, principalmente quando estamos diante

⁴⁹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁹¹ Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

⁴⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 92.

de atos infracionais cometidos por adolescentes, constitucionalmente protegidos por direitos e garantias fundamentais que apontam o sistema socioeducativo como única possibilidade jurídica de resposta ao ato praticado.

6.4 Os fundamentos do direito penal como limitação ao expansionismo punitivo

Marcelo Semer afirma que “sem freios, o poder punitivo tende ao arbítrio”.⁴⁹³ Com amparo nesta lição, pode-se dizer que os freios limitadores do exercício do poder punitivo estatal são encontrados nos princípios que orientam o direito penal, notadamente naqueles que se encontram positivados no Texto Constituinte ou que podem ser extraídos a partir deles, porquanto funcionam como autênticos fundamentos desta seara do mundo jurídico.

Por oportuno, revela-se útil sublinhar que a expressão “fundamento” remonta à concepção de base, alicerce, apoio⁴⁹⁴, espécie de condição que se mostra apta a fornecer o suporte necessário para algo, que no caso em análise, corresponde ao fornecimento das bases necessárias que funcionam como guia idôneo a nortear o poder de punir estatal, razão pela qual, importa esclarecer que este estudo, quando se reporta ao termo “fundamento” procura empregá-lo no sentido de base ao exercício do poder de punir do Estado.

Neste passo, vislumbra-se que os princípios de direito penal, sobretudo os que se encontram positivados no Texto Constitucional (seja explícita ou implicitamente) podem ser compreendidos como guias de orientação para a compreensão e interpretação de um determinado ramo do direito que, no caso específico, teria por principal serventia orientar o poder de punir do Estado. Isso porque, consoante ensina Luiz Regis Prado, o princípio “[...] fundamenta e conforma o direito penal, delinea sua constituição e limites”.⁴⁹⁵

Dessa forma, vê-se que dissertar acerca da Constituição e limites do poder de punir Estatal carece de um conjunto de fundamentos que supram esta necessidade, exatamente, como o fazem os princípios constitucionais do direito penal. Na mesma linha estão as definições constitucionais acerca dos limites do sistema punitivo, como no caso da definição de maioria penal, no caso do art. 228 da Constituição Federal.

⁴⁹³ SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático**. Orgs. Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 07.

⁴⁹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**. O minidicionário da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Coordenação de edição Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 337.

⁴⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

Nem tão longe da seara do direito penal, discorrendo acerca dos fundamentos do Direito Público (o direito penal é espécie desse gênero), Geraldo Ataliba⁴⁹⁶ aduz um ensinamento relevante, acerca do caráter fundamental dos princípios:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.

Nessa esteira, ganha reforço a compreensão ora trilhada, com o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁹⁷, por entender que o princípio funciona como verdadeiro alicerce de um sistema de normas, porquanto esse jurista coloca em relevo o fato de que o sentido dos princípios seria de atuar como alicerce, apto a funcionar como norte interpretativo para o operador do direito.

Seguindo essa linha de pensamento, assevera Manoel Messias Peixinho⁴⁹⁸ que “[...] princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer [...]”. Assim, com amparo nessa lição, revela-se possível tomar o princípio como fundamento (no sentido empregado acima) apto a fornecer os alicerces de um ramo do direito que no caso da seara penal, seria de viabilizar os limites que o poder punitivo poderia se amparar, a fim de ser exercido, com o fito de preservar a finalidade do direito penal, enquanto instrumento a serviço da coexistência social, procurando não residir no equívoco de utilizar institutos oriundos deste ramo de forma desconexa ou até para alimentar anseios punitivos, a serem correspondidos em descompasso com os direitos fundamentais, que esses procuram proteger em um Estado Democrático de Direito.

Rogério Greco funde os dois termos (princípio e fundamento) e chama esses e outros princípios, já reportados alhures, de princípios fundamentais, os quais funcionariam como instrumentos que aparelhariam os cidadãos, frente às possíveis arbitrariedades que o poder punitivo estatal poderia realizar⁴⁹⁹:

Os princípios, portanto, passam, nesta última frase, a exercer a primazia sobre todo o ordenamento jurídico, limitando, por meio dos valores por eles selecionados, a atividade legislativa, somente permitindo, no caso específico do Direito Penal, por exemplo, a criação normativa que não lhes seja ofensiva. Em decorrência desse raciocínio, entendemos que os princípios, dado o seu caráter de norma superior às

⁴⁹⁶ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3 ed. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 34-35.

⁴⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 54.

⁴⁹⁸ PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 101.

⁴⁹⁹ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 65.

demais existentes no ordenamento jurídico, servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em ‘Senhor onipotente’. Os princípios são, portanto, o escudo protetor de todo cidadão contra os ataques do Estado.

Sob essa perspectiva, os princípios passam a funcionar como verdadeiros fundamentos de direito penal, pois ao tempo em que oferecem um conteúdo, que se espraia por todo o respectivo ramo jurídico, devem ser utilizados como espécies de lentes, quando da aplicação e uso de institutos jurídicos penais. Tal função se vê ainda ratificada pelo fato de que os principais fundamentos do direito penal se acham contidos no Texto Constitucional, muitos deles, justapostos como princípios, os quais, na doutrina de Paulo Bonavides “[...] uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.⁵⁰⁰

Tal irradiação atinge tanto a fase inquisitorial quanto a judicial ou executória, as quais compõem o sistema penal como um todo,⁵⁰¹ de modo que se procura vislumbrar de que maneira por meio desses princípios afigura-se possível frenar a expansão punitiva.

Nilo Batista⁵⁰² também se encontra atento à função de base que os princípios aludidos desempenham para a seara penal, utilizando-se da expressão “princípios básicos do direito penal” para fazer referência a essa característica. Veja-se:

Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa (como por exemplo o princípio da legalidade, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas (como por exemplo o objetivo de integração social na execução da pena – art. 1º LEP – com relação ao princípio da humanidade) não deixam de ter um sentido programático, e aspiram a ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de direito democrático.

Também Luis Luiz⁵⁰³ parece ter vislumbrado o papel de base dos princípios de direito penal, quando acentuou que “os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embasadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia”.

Sem embargo das diferentes nomenclaturas expostas acima, o entendimento que os autores aludidos até então esposam, convergem para o mesmo sentido, qual seja, o de que os princípios de direito penal, notadamente os que se encontram vazados no Texto Constitucional, funcionam como a base para limitar o poder de punir do Estado.

⁵⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 258.

⁵⁰¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 1ª reimpressão, abril de 2013, p. 24-26.

⁵⁰² Ibidem, p. 59.

⁵⁰³ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

Denota-se, portanto, que o condão de funcionar como fundamento ultrapassa a questão de o princípio se encontrar expresso ou implícito no ordenamento jurídico, isso porque resta sobrelevado o fato de funcionarem como base apta a subsidiar o aparato punitivo Estatal, de modo que mesmo se tratando de princípios implícitos, não deixam de estar inclusos (não como aqueles que são expressos) no Texto Constitucional.

Põe-se em relevo, portanto, a função limitadora que os fundamentos de direito penal operam, haja vista que ante o desempenho desse mister identifica-se um instrumental assaz oportuno para balizar a expansão do poder de punir, colimada pela onda punitiva contemporânea. Os princípios de direito penal, notadamente os que se encontram positivados na Constituição Federal de 1988, procuram servir de limite ao poder de punir do Estado, pois lançam as bases, onde o ente estatal poderá se amparar, a fim de efetuar o *Jus Puniendi* que lhe compete.

Ressalte-se ainda, como acentuado por Ferrajoli, que muitos dos princípios componentes do Sistema de Garantias SG foram incorporados por Constituições, de sorte que, no caso do ordenamento jurídico pátrio, princípios de índole garantista foram albergados no Texto Constitucional, de modo mais específico, no capítulo destinado aos “direitos e garantias fundamentais” gozando, portanto, não só da mais alta hierarquia na ordem jurídica, mas tendo assumido também o *status* de cláusulas pétreas, verdadeiro cerne irrestringível da Carta Magna.⁵⁰⁴

Luciano Feldens⁵⁰⁵ salienta que o legislador deve desempenhar seu respectivo papel, buscando configurá-lo ao conteúdo dos direitos fundamentais, além de ter que guardar observância à atividade limitadora, que estes também desempenham, restando claro, portanto, tanto a dimensão objetiva jurídica a ditar a atuação do legislador, quanto a subjetiva dos direitos fundamentais, que os cidadãos podem fazer uso, frente ao poder punitivo do Estado.

Nessa esteira, Luiz Luisi adverte quanto ao papel limitativo dos princípios de direito penal, notadamente aqueles de índole constitucional, pois na visão deste jurista “os princípios constitucionais relativos ao direito penal [...] tendem todos a limitar a interferência penal, fixando-lhe fronteiras inderrogáveis [...] limitando a atividade penal do Estado no sentido de garantir a inviolabilidade do direito a liberdade e de outras prerrogativas individuais”.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁰⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal:** a constituição penal. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17.

⁵⁰⁶ LUISI, Luiz. Op. cit. p. 57.

Consoante alerta Marcelo Semer, “o poder punitivo é bruto, atavicamente expansivo e socialmente verticalizador”⁵⁰⁷, motivo pelo qual seria possível acrescentar que esse poder necessitaria de raízes, idôneas a orientar seu exercício, função que é exercida pelos fundamentos do direito penal, sobretudo numa pós-modernidade, que clama pela expansão do uso do aparelhamento punitivo estatal.

6.4.1 O princípio da intervenção mínima e a salutar provocação por alternativas à escolha primariamente punitiva: a (re) propositura do direito penal como *ultima ratio*

Em atenção à perspectiva eleita para se efetuar a análise do direito penal, cumpre inicialmente registrar o fundamento que representa bem o modelo limitativo, o qual se toma por referência.

Fala-se do princípio da intervenção mínima, autêntico vetor que serve de guia tanto ao legislador, para que edite tão somente as leis penais necessárias à proteção dos direitos mais caros à sociedade, como também ao julgador, para que intervenha através da aplicação de medidas punitivas, observando o conteúdo deste princípio, de modo que, havendo discricionariedade para sua atuação, opte por instrumentos punitivos somente quando a adesão a medidas de caráter mais brando não possam surtir o mesmo efeito.

Reportando-se ao garantismo jurídico, em uma das máximas eleitas por Ferrajoli⁵⁰⁸ para composição do Sistema Garantista, identifica-se a máxima de que não há crime, se não houver necessidade para ocorrer uma punição (“*A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nula necessitas sine injuria;*”), de sorte que não haverá essa necessidade, caso inexista algum tipo de ato ofensivo a outrem. Tal ofensa diz respeito àquela que atinge os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.⁵⁰⁹

O cunho de diretriz e limite ao poder de punir, no princípio da intervenção mínima, se vê caracterizado também pelo fato deste princípio corresponder à concepção de que o direito penal funciona como *ultima ratio*⁵¹⁰:

[...] só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

⁵⁰⁷ SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 07.

⁵⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 91.

⁵⁰⁹ GRECO, Rogerio. Op. cit. p. 75

⁵¹⁰ LUISI, Luiz. Op. cit. p. 39.

Nessa perspectiva, influenciado pelo enfoque minimalista do direito penal, Rogério Greco, ao se reportar ao princípio ora em apreciação, assevera que a sua finalidade última se confunde com a própria finalidade do direito penal, qual seja, a proteção dos bens mais caros ao convívio social.⁵¹¹

Revisitando a história das penas, vislumbra-se a acentuada violência e crueldade que marcaram a aplicação das sanções de natureza penal em detrimento de muitos indivíduos que foram submetidos a reprimendas cruéis, que aniquilavam, inclusive, o direito à vida. Dessa feita, considerando esse histórico, por mais que se reconheça a positivação de direitos fundamentais do indivíduo, com o fito de protegê-lo de atos cruéis, verifica-se, nada obstante, que ainda hoje existem resquícios desta severidade que se expressa em muitas das sanções de natureza penal.

Destaque-se que tais penas se encontram previstas nos mais diversos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, de modo que ainda são vistas como aquelas que atingem de forma mais incisiva, direitos caros ao indivíduo, a exemplo da pena privativa de liberdade. Assim, tomando em atenção o rigor das sanções penais, bem como as consequências que são geradas, a partir de sua aplicação na vida de qualquer sujeito, haja vista atingir-lhe direitos inerentes a sua condição humana, cabe aludir à lição de Luiz Regis Prado, quando assinala: “o recurso à privação da liberdade deve ser [...] a *ultima ratio*, quando absolutamente indispensável, tendo sempre em vista a importância primária da liberdade pessoal – o campo do ilícito penal deve ficar reduzido às margens da estrita necessidade.”⁵¹²

Caminhando nessa esteira, acentua Alberto Jorge Correia de Barros Lima: “[...] mesmo a pena privativa de liberdade de curta duração (detenção, prisão simples) não pode vingar quando existem outros modos, menos gravosos e, sobretudo, mais proveitosos, para composição do litígio”.⁵¹³

Verifica-se, pois, que a *ultima ratio* procura transmitir o conteúdo de que existindo outras maneiras menos gravosas ou outros ramos do direito (civil ou administrativo),⁵¹⁴ para lidar com o litígio, que se vale de sanções mais brandas devem, portanto, ser utilizados, restando o direito penal como a última via a ser empregada, mormente tomando em apreço a natureza e intensidade de suas sanções.

⁵¹¹ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 75.

⁵¹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. Op. cit. p. 107.

⁵¹³ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit., p. 74.

⁵¹⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out., 2009, p. 42.

Especialmente, tendo por atenção essa singularidade do direito penal, revela-se necessário interpretar a proposta em punir os adolescentes mediante as sanções penais à luz do princípio da intervenção mínima, justamente, para ponderar o fato de que se para os adultos a pena é vista como uma última via de intervenção estatal, muito mais razão haverá se perquirir a utilização e aplicação dessa via punitiva para adolescentes, sobretudo quando se pode vir a negar todo um sistema de proteção socioeducativo encampado pela Carta Magna e legislação infraconstitucional.

Nesta órbita, a intervenção mínima procura sinalizar que, em atenção à forte interferência das sanções de natureza penal na vida do sujeito, bem como tomando em consideração as consequências que penas desta natureza podem acarretar na vida do indivíduo, a via penal deve, por tais razões, corresponder à última a ser utilizada (característica subsidiária do direito penal), sendo a mínima possível, no sentido de evitar a interferência na vida do cidadão, mediante formas tão gravosas, como é o uso da pena (característica fragmentária do direito penal).⁵¹⁵

Conquanto este princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, é possível extraí-lo a partir do princípio da dignidade humana, positivado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, bem como do art. 3º, inciso IV, da Carta Magna, que disciplina a efetivação do bem de todos por meio da obrigatória ação dos Poderes Públicos. Percebe-se, portanto, que seus corolários transmitem a mensagem de que outro objetivo não deseja alcançar, senão aquele abordado por Ferrajoli: limitar o poder punitivo, mediante as garantias, para obter o máximo de liberdade e o mínimo de arbitrariedade.⁵¹⁶

Ademais, em atenção ao conteúdo inserto no princípio da intervenção mínima, urge que tais ensinamentos sejam ventilados aos canais que alcançam a sociedade, como as mídias, órgãos oficiais, difusores de cidadania, a fim de se esclarecer, quanto à gravidade que uma sanção penal comporta, sobretudo levando-se em consideração uma modernidade que clama por uma punição mais acentuada a cada dia que passa, procurando imprimir uma visão de que o direito penal, por comportar o uso de sanções deste naipe, deva ser encarado como *prima ratio*, ou seja, como a primeira via eleita para lidar com os problemas que vem incomodando o convívio social.⁵¹⁷

Nada obstante, o conteúdo do princípio da intervenção mínima, ao buscar limitar a intervenção penal, coopera para que a criminalização das condutas se restrinja àqueles casos

⁵¹⁵ BATISTA, Nilo. Op. cit. p.

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 786.

⁵¹⁷ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 87, ano 18, p. 305.

onde a ofensa ao bem jurídico se afigura especialmente grave⁵¹⁸, atingindo os valores sociais mais relevantes para a sociedade⁵¹⁹, evitando-se com isso, a expansão avassaladora por punição, que caminha no sentido de endereçar toda sorte de bens jurídicos à intervenção e tutela penal.

Do conteúdo inserto no princípio da intervenção é possível extrair a lição de que os meios que favoreçam a resolução dos conflitos sociais da forma mais branda possível, implicando intervenções não tão drásticas na vida do homem, devem ser privilegiados, quando em comparação com aquelas medidas que se mostrem mais incisivas à condição humana do indivíduo, devendo essas aguardar mais tempo para aplicação, haja vista que as consequências decorrentes da adesão a tais vias serem mais gravosas, implicando, por vezes, em marcas na vida do sujeito mais difíceis de serem apagadas.

Quando estamos diante de infrações cometidas por adolescentes, em que pese a lesividade dos atos, é preciso ter por foco a condição de pessoa em desenvolvimento que fundamenta os sistema socioeducativo, que também é invasivo, na medida em que pode determinar a internação do adolescente – medida socioeducativa mais grave – mas, no atual panorama de princípios e garantias constitucionais, não é alcançável pelo poder punitivo.

Assim, considerando os estigmas que as sanções penais, sobretudo a pena privativa de liberdade – muitas vezes, clamada pela sociedade, rumo a uma aplicação rigorosa – pode acarretar na vida de um sujeito; urge que essa sanção penal seja ponderada antes de se aplicá-la, de modo a ser acionada, tão somente, quando outros métodos menos gravosos não conseguirem lograr o mesmo objetivo que com ela se almeja.

Considerando que o exercício do poder pelo ser humano abre margem para que o homem exorbite de seus limites, uma vez se tratando do poder punitivo, dado o conteúdo que se reveste, fazem-se necessárias fortes balizas para limitar seu respectivo exercício, pois as consequências dele oriundas são acentuadamente graves. Daí a preocupação quanto à fixação de limites ao poder de punir, bem como a positivação de princípios na Carta Federal de 1988 que se aproximem desta linha pensamento.

Vê-se que este princípio funciona como limitação ao fenômeno punitivo, mormente aquele que clama por uma intensificação das sanções de natureza penal ou ampliação do alcance do sistema de justiça penal, uma vez que a correspondência premente ao recrudescimento punitivo, através do uso de sanções altamente violentas (ainda que pela via

⁵¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011, p. 411.

⁵¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. Op. cit., p. 111.

estatal) pode redundar num ambiente suscetível de desencadear um cenário de barbárie, mormente se voltado para adolescentes.

Algumas portas são abertas para toda sorte de imaginário de punição, as quais representam propostas fomentadoras de terror – nada incomum no cenário contemporâneo clamante por mais punição – ao passo que outros caminhos são fechados para possibilidades de soluções de conflitos que favoreçam um cenário mais pacífico, que, inclusive, demande menos desgastes a quem aplica as sanções e minore o grau de sofrimento para quem delas padece.

O princípio da intervenção mínima, portanto, funciona como limite à adoção de medidas acentuadamente punitivas, como estas que se assiste contemporaneamente, tendentes à política de “higienização social”, a qual favorece o encarceramento em massa, fenômeno que tem provocado a degradação humana de milhares de indivíduos, ferindo assim não apenas o fundamento da intervenção mínima, mas principalmente a dignidade humana e o princípio da humanidade das penas.

Para além de um princípio limitador ao exercício do poder punitivo, a intervenção mínima acende as luzes que iluminam a alta ingerência de uma sanção penal na vida do indivíduo, bem como as consequências que o uso dessas pode acarretar, suscitando assim a busca por outras saídas para o problema da criminalidade que denotem menos severidade, quando em comparação com medidas que favorecem o afastando de semelhantes do convívio social – seja através da privação da liberdade, seja através da aniquilação da vida (pena de morte), medidas que restringem consideravelmente seus direitos fundamentais e a possibilidade de participar da coexistência social.

Transportando o conteúdo inserto neste princípio para a discussão em torno da redução da maioria penal, por exemplo, outras vias alternativas de responsabilidade para as crianças e adolescentes podem ser empreendidas, sem que para tanto eles sofram sanções penais severas e cumpram suas penas em um ambiente carcerário comum a agentes muito mais antigos no mundo do crime.

Até porque, caso os adolescentes sejam colocados em meio a estabelecimentos de cumprimento de pena, baseados numa lógica punitiva endereçada aos adultos, a punição acabará funcionando como instrumento que prejudicará, futuramente, a própria sociedade, já que a prisão detém o poder de funcionar para a pessoa em desenvolvimento numa espécie de escola do crime⁵²⁰, quadro que potencializa a capacidade criminógena desse sujeito, de modo

⁵²⁰ MORIN, Edgar. Op. cit, p. 180.

que, ao ser solto, voltará mais perigoso para o corpo social, além do que não terão sido oportunizadas ao infrator alternativas para mudanças de estilo de vida.

Portanto, o princípio da intervenção mínima é fundamento que limita o poder de punir do estatal, devendo por seu caráter de imposição, consoante anota Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁵²¹, não se perder de vista, principalmente do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário, para que estes, na execução de suas respectivas funções, possam filtrar, como base no conteúdo desse princípio, quaisquer medidas que alimentem a sanha punitiva. No caso da PEC 171, estamos diante do Poder Legislativo, com sua competência de reformar a Constituição Federal.

Isso porque tal princípio busca proteger, ao máximo, tanto os direitos e garantias do sujeito em vias de punição, como evitar que a potência das sanções penais assumam um protagonismo tamanho, apto a alimentar ainda mais a cultura de punição, favorecedora de um cenário de barbárie e violência, verdadeiro resquício de um período primitivo, que insiste em aparecer novamente na sociedade contemporânea.

6.4.2 Princípio da humanidade: da necessária recordação do passado à proteção imperativa e sempre nova dos direitos fundamentais do ser humano

Também com o intuito de impor limites à expansão punitiva contemporânea, com vistas a preservar a coexistência social, bem como os direitos mais caros à condição humana do sujeito, descortina-se o princípio da humanidade das penas, que outro objetivo não tenciona senão os mencionados acima, sobretudo tomando por atenção seu respectivo conteúdo, inserto no Texto Constitucional (art. 5º, inciso XLVII): “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Visualiza-se em tais proibições de criação de penas, que o legislador almejou proteger ao máximo a condição humana daquele que por ventura venha sofrer uma sanção penal, evitando assim penas que possam aniquilar-lhe a vida ou condicioná-la a situações que aflijam dimensões fundamentais do seu ser, colimando também garantir a coexistência social, uma vez que pretendem mostrar que o afastamento do indivíduo do convívio social deve ser medida extraordinária.

⁵²¹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 69.

O princípio da humanidade aduz um conteúdo que carece ser transferido para o cenário atual, a fim de fazer frente às reivindicações de uma sociedade que clama não por uma simples punição, mas, sobretudo, por atos punitivos que mais atinjam o ser humano em sua mais essencial condição.

Não é incomum assistir no seio popular o clamor por penas de morte, criação de sanções que levem o apenado a ser submetido a tratamentos degradantes ou, simplesmente, penas em que o condenado venha permanecer indeterminadamente no cárcere, afastado para sempre do convívio social.

O risco de que essas ideias vinguem em legislações, sentenças judiciais ou em atos executórios penais diz respeito à possibilidade de que se venha retroagir a épocas onde a barbárie⁵²² contornava a reprimenda estatal, sobretudo considerando a violência infamante das penas, como assinala Luigi Ferrajoli⁵²³:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função da defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Seguindo essa esteira, vem a calhar a reflexão tida por Alberto Jorge Correia de Barros Lima quando enfatiza que “a pena deve sempre considerar a característica de que todo condenado é humano, não podendo ser estabelecida nenhuma sanção visando sofrimento em demasia a ele, pois o direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana”.⁵²⁴

Assim, o que se extrai das lições ressaltadas acima é a de que a pena, conquanto necessária, em determinadas ocasiões, não pode desconhecer a condição humana do indivíduo, nem tampouco atingir direitos para além do que é autorizado à sanção penal alcançar, como disciplina o art. 3º da Lei nº 7.210/84.⁵²⁵

O dispositivo legal referido acima demonstra que a sanção penal, conquanto atinja direitos caros aos condenados, não retira da pessoa o restante de direitos e pretensões que compõem sua esfera jurídica. Referido conteúdo funciona como limite para frear a ideologia punitiva contemporânea, sobretudo em atenção ao surgimento de reivindicações para adotar

⁵²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2013, pp. -09-14.

⁵²³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 355.

⁵²⁴ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 109.

⁵²⁵ Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

medidas expansionistas de punição, consoante registra Bauman⁵²⁶, quando faz menção ao incentivo à expansão do confinamento, através do recrudescimento da pena privativa de liberdade.

Diz-se isso porque se tem notado comum a aceção social de que existiriam inimigos internos a serem combatidos, despontando propostas por penas cruéis para estes sujeitos, como, por exemplo, o recrudescimento da responsabilidade por ilícitos penais para as crianças e adolescentes que executarem delitos. Isso porque, via de regra, se projeta em tais sujeitos a figura de inimigo, autêntica fonte de medo e insegurança social, daí porque se socorrer à prisão como o instrumento idôneo para conter esses indivíduos.

Verifica-se que tal circunstância tem oferecido margem para a maioria das pessoas não se importarem, por exemplo, com o fato de muitos presos cumprirem pena, hoje em dia, em situações degradantes⁵²⁷, haja vista o amontoado de indivíduos reclusos nos estabelecimentos prisionais brasileiros, fenômeno conhecido como “encarceramento em massa”.⁵²⁸

Encontra-se, hoje, um terreno propício para se aplicar à figura inimiga, penas cruéis, aviltantes e até mesmo de morte. Afinal, muitas vezes estes indivíduos nem mesmo são vistos como pessoas, configurados já não mais como seres humanos semelhantes aos partícipes de uma comunidade. Pelo contrário, são alvejados como figuras estranhas, razão pela qual não haveria óbice ou quaisquer limites, em tese, para aplicar-lhe penas de natureza mais severas⁵²⁹ ou submeter-lhes a um processo ou investigação com garantias relativizadas, fato que não se aplicaria para quem seja considerada pessoa.

Na mesma linha, o lamentável cenário de aumento da criminalidade violenta, sobretudo aquela que envolve crianças e adolescentes, é favorável a propostas como a PEC 171, que pretende elevar à categoria de imputáveis adolescentes entre 16 e 18 anos de idade, aumentando, assim, o alcance do poder punitivo do Estado.

Por isso, a influência de um direito penal do inimigo acaba se contraditando com o princípio da humanidade, porque aquela doutrina trafega por uma linha que retira do indivíduo que cometera o crime, a condição de sujeito de direitos, ou seja, de um autêntico partícipe de um tecido social. Isso porque, ao ser transformado num inimigo, constrói-se um

⁵²⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Op. cit., p. 113-114.

⁵²⁷ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional... Passim*.

⁵²⁸ PASTANA, Débora Regina. Op. cit., p. 315.

⁵²⁹ SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do Direito Penal e a Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais** nº 42. Porto Alegre: Notadez, jul.set. 2011, p. 130-131.

indivíduo que por ser “diferente” dos demais não deve ser tratado como um de “nós”.⁵³⁰ Referida mentalidade estimula os defensores da redução da maioria penal pugnam pela sua procedência e inserção no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da humanidade, portanto, ao servir como limitação ao poder de punir estatal, procura evitar que esta potestade, ao ser influenciada por uma sociedade que clama, diuturnamente por punição⁵³¹ acabe endereçando esta força do Estado apenas para indivíduos selecionados e configurados como inimigos a serem combatidos.

Ora, tal cenário que termina por demonstrar o intuito de se ver livre dos indivíduos indesejados, exatamente por se vislumbrar a prisão como o local propício para despejar, aqueles que consideram “figuras perigosas ao convívio social”⁵³², normalmente, sujeitos que se encontram já excluídos no campo social. Veja-se o típico caso de muitos adolescentes de baixa escolaridade e condição financeira, que se envolvendo no mundo do crime, não raras vezes, além de serem capturados, são vistos ainda como estas figuras representativas do mal.

Alerta Ferrajoli⁵³³ que esse fenômeno também vem ocorrendo no terreno italiano, sendo direcionado a determinados indivíduos, consoante assevera o mestre:

[...] constroem-se potenciais inimigos – os imigrantes, os ciganos, os islâmicos -, os quais são etiquetados como sujeitos perigosos e possíveis delinquentes, expondo-os à desconfiança, à suspeição, aos pedidos de expulsão ou repressão e até mesmo, como já aconteceu, à violência homicida. Naturalmente, essas políticas de exclusão e medo não servem, na realidade, para enfrentar a delinquência, mas são, ao contrário, criminosas. O principal efeito delas é empurrar os imigrantes clandestinos para a ilegalidade, sendo óbvio que aqueles que são excluídos da sociedade legal estão sempre expostos e dispostos a serem incluídos nas comunidades incivis e criminais.

Aliás, segundo Edgar Morin⁵³⁴, atento à concepção, por vezes equivocada, que se faz do uso da prisão, aduz uma das possibilidades para se evitar o uso desta sanção penal, de modo a canalizá-la para a punição de determinados infratores ou tão somente para vingar-se e alimentar anseios punitivos, pois, para este autor:

Desde a escola, seria bom explicar a todos os futuros cidadãos que a prisão não é a expressão de uma vontade de punição e de represálias, mas, como enunciava a criminologista Beccaria desde o século XVIII, um meio de proteção da sociedade. É necessário extirpar da mente de proteção profundamente arraigada em nosso psiquismo, da vingança e da lei de Talião. Isso se torna ainda mais necessário pelo fato de que cada vez mais as mentes são contaminadas pela identificação entre justiça e punição. Daí resulta a necessidade de sensibilizar os cidadãos sobre os efeitos deletérios do encarceramento e fazê-los compreender que a reinserção social dos prisioneiros é de interesse de todos e de cada um de nós.

⁵³⁰ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 88.

⁵³¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit. p. 130-131.

⁵³² BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e Medo na Cidade*. Op. cit., p. 23.

⁵³³ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Op. cit., p. 49.

⁵³⁴ MORIN, Edgar. Op. cit. p. 178.

Ademais, o conteúdo que esse princípio tenciona passar instiga a busca por novas alternativas, que não a via punitiva, para solucionar conflitos que se vislumbram na sociedade, especialmente no caso da discussão da expansão da responsabilidade penal dos adolescentes, já que pelo fato da legislação constitucional albergar uma política de natureza tutelar, voltada a promoção humana destes indivíduos, existe aí um fator bastante positivo e favorecedor para se implantar tais medidas ao invés de se optar pela via punitiva tradicional.

Inspirado por essa ideologia constitucional de proteção as crianças e adolescentes, que muito se assemelha com o conteúdo que se extrai do princípio da humanidade, Wilson Barreira e Paulo Roberto Grava Brazil registram o seguinte apontamento:

A solução, por certo, não será a aceitação do problema, como fato inevitável, procurando contorná-lo através de artifícios, como foi aventado pelos defensores da instrução contraditória para o atendimento judiciário dos menores infratores, o que na prática representaria, pura e simplesmente, equipará-lo aos réus adultos. Há sim, que se investir muito mais na área preventiva, a fim de que os adolescentes infratores habituais, estes que fazem da infração meio de sobrevivência, não mais necessitem praticá-las.⁵³⁵

Isso porque, caso se tenha por intuito evitar a reincidência destes agentes, porém, tão só através da punição, há que se ressaltar ser possível ter êxito de outra maneira, pois, consoante anota Edgar Morin⁵³⁶, através de reformas legislativas pode-se investir em medidas de prevenção, humanização das prisões, reinserção social, aproximação da família e amigos – especialmente esta para os adolescentes e crianças em conflito com a lei – entre outras perspectivas, que conduzam a não reduzir o infrator a seus ilícitos, mas reconhecer que existe nele uma parte de humanidade bloqueada que pode revelar-se, sobretudo no caso do adolescente que ainda se encontra num processo de desenvolvimento.

Ademais, no que diz respeito ao problema da criminalidade praticada pelos adolescentes, Rogério Greco⁵³⁷ aposta na adoção de medidas que de certa forma são influenciadas pelo conteúdo desse princípio. Afirmo o autor: “[...] os adolescentes em conflito com a lei devem ser submetidos a um processo de ressocialização, a fim de se tornarem aptos a retornar ao convívio em sociedade, transformando-se em adultos responsáveis”.

Por isso, o princípio da humanidade revela-se fundamental para servir a um movimento limitativo à expansão punitiva (notadamente aquela tendente à intensificação das sanções penais), uma vez que contribui com o papel de reconfiguração do ser humano que

⁵³⁵ BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 26.

⁵³⁶ MORIN, Edgar. Op. cit. p. 180.

⁵³⁷ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional...* Op. cit. p. 340.

existe num adolescente em conflito com a lei – muito embora esse, muitas vezes, já se encontre estereotipado como “figura estranha”, “inimigo interno” – recordando a feição de pessoa que esse detém, bem como protegendo-o de punições nefastas, que além de colaborar com a intensificação punitiva direcionada para tais indivíduos, afasta a possibilidade da retroceder à épocas em que a criança e o adolescente era encarado como um adulto em miniatura e não como sujeito de direito com características pessoais e sistema jurídico especial de proteção.

6.4.3 O princípio da legalidade penal e a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais por meio da exigência de lei para criminalizar condutas e/ou enrijecer sanções penais

Para além das raias do princípio da humanidade, visualiza-se o princípio da legalidade penal, insculpido tanto na Constituição, quanto no Código Penal, como fundamento da seara penal, apto a limitar também o poder de punir do Estado, segundo se vislumbra na seguinte prescrição legal: “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. Tal princípio equivaleria a duas máximas previstas no SG de Ferrajoli, quais sejam: “*A1 Nulla poena sine crimine*; *A2 Nulla crimine sine lege*”.

Referido princípio, consoante acentua Alberto Jorge Correia de Barros Lima, “tem sua origem no plano político, como decorrência da preocupação liberal de impor limites ao *jus puniendi*, preservando o espaço dos indivíduos contra o poder do Leviatã”.⁵³⁸ Nada obstante, hoje em dia esse princípio é chamado a ultrapassar o cumprimento desta dimensão formal e assumir também a feição substancial concretizada na observância a outros princípios como o da dignidade humana, da culpabilidade, da intervenção mínima e ofensividade.⁵³⁹

De toda maneira, ao se esmiuçar o conteúdo inserto neste princípio, é possível vislumbrar que ele se desdobra em três dimensões, que cumprem a função de impor a reserva legal, a anterioridade ou irretroatividade da lei penal e sua respectiva taxatividade.

A reserva legal procura demonstrar que tão somente é reservada a lei, o poder de criminalizar uma conduta. Nesse sentido, a reserva legal “dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit., p. 96-98.

⁵³⁹ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Direito Penal e Constituição: para além da legalidade formal. **Revista do Mestrado em Direito**. v. 2, n. 2. Maceió: Nossa Livraria, jun. (2006), p. 124.

⁵⁴⁰ LUISI, Luiz. Op. cit. p. 23.

Em paralelo com a reserva legal, verifica-se a anterioridade penal. Urge que a lei penal seja prévia ao cometimento da ação ou omissão delituosa. Ou seja, a garantia contida na anterioridade penal assegura ao sujeito não ser surpreendido por um instrumento normativo posterior que incrimine uma conduta por ele desempenhada.

Por seu turno, a taxatividade ou “determinação taxativa”, consoante acentua Luiz Luisi, “expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido, sobretudo ao legislador, vedando-lhe a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar a diferentes e mesmo contrastantes entendimentos”.⁵⁴¹

Verifica-se, portanto, que a taxatividade cumpre um papel fundamental no âmbito do direito penal, haja vista que quanto mais clara for a descrição legislativa, menor espaço sobrar para manifestações arbitrárias, considerando restar especificamente delimitado também as possibilidades do julgador aplicar a norma incriminadora, ficando, pois, restrito a não interpretá-la, para enquadrar toda e qualquer conduta que por ventura um sujeito venha ser acusado num determinado tipo penal.⁵⁴²

Sobe tal perspectiva, intui-se que a taxatividade concretiza os postulados do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que quanto mais as leis se mostram claras, mais protegida fica a sociedade, melhor podendo compreender a dicção legislativa. Além disso, menos espaço é conferido para o operador do direito, por ventura, se aproveitar de eventuais termos vagos e imprecisos previstos na lei – os quais oferecem ampla discricionariedade – para concretizar aplicações arbitrárias da norma. Com a imposição pretendida pela taxatividade, tais aberturas tendem a ficar mais restritas, fazendo assim com que a lei penal transmita a mensagem mais clara possível.

Considerando que a arbitrariedade é fato comum de ocorrer no exercício do poder de punir, haja vista a larga história das penas, bem como tendo em conta as marcas que o abuso do poder punitivo acarreta na vida de inúmeras pessoas, a legalidade se apresenta como um importante fundamento do direito penal, apto a funcionar como limite ao expansionismo

⁵⁴¹ LUISI, Luiz. Op. cit. p. 24.

⁵⁴² Beccaria denomina este fenômeno de falta de clareza na legislação, como “obscuridade das leis”, isto porque, segundo ele, “enquanto o texto das leis for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, e enquanto forem, de maneira solene, mantidas como oráculos misteriosos, o cidadão que não pode aquilatar por si próprio as consequências que devem ter os atos que pratica a sua liberdade e sobre seus bens estará dependendo de um pequeno número de homens que são depositários e intérpretes das leis. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas** (1764). Trad. Torrieri Guimarães. 6ª Reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, p. 24.

punitivo, pois ao condicionar tanto a elaboração de tipos penais, quanto à intensificação das penas, fecha muitas aberturas para se operar o arbítrio punitivo.

Para além do sistema punitivo, também a legalidade é importante limite à atuação do Estado-Juiz em sede de medidas socioeducativas, que têm como matriz o cometimento de ato infracional, que nada mais é do que uma conduta descrita no Código Penal, mas que recebe status jurídico de ato infracional pelos limites constitucionais à imputabilidade das crianças e adolescentes.

Para mais além, revela-se útil destacar que as diversas etapas que compõem o processo legislativo que confeccionará o diploma legal em seu término, proporcionam momentos propícios para discussão, votação e submissão de projeto de lei ao executivo, oportunidade para que os clamores sociais emergentes sejam analisados de maneira mais aprofundada.

Assim, é possível contrapor a necessidade de confeccionar uma *novatio legis* a novas perspectivas, críticas e argumentos, que precisam ser advertidos, evitando-se com isso, analisar problemas do seio social, mediante uma perspectiva um tanto quanto rasteira. Tal circunstância se mostra relevante no cenário atual, considerando que ao longo das últimas décadas a sociedade brasileira vem se deparando com um crescente número de projetos de leis para criminalizar condutas e/ou empreender um tratamento mais rígido para delitos já tipificados na legislação pátria.

Aprofundando o conteúdo inserto na reserva legal, verifica-se que através da exigência de uma lei, para a criminalização de uma conduta – seja primariamente, seja a título de recrudescimento do que já resta tipificado –, se condiciona tal criação a um procedimento prévio, onde existe oportunidade para que os representantes políticos (tanto do legislativo, quanto do executivo, haja vista a sanção do chefe desse último poder) e *experts* na matéria possam discutir as diversas temáticas que gravitam em torno da lei e analisar diferentes perspectivas a respeito de sua respectiva adoção, a fim de que se aplique a medida mais refletida, calculada e democrática possível ao caso.

Em tempos clamantes por mais punição, vê-se que um ambiente favorável a discussões e análises prévias a adoção de meios e instrumentos punitivos, proporcionado graças à exigência de lei para criação de um crime, contribui para que as propostas oriundas da expansão punitiva sejam analisadas em cotejo com os demais fundamentos do direito penal, como a dignidade humana, a humanidade, a culpabilidade, além de dar cumprimento ao processo democrático, já que representantes políticos de visões diversas podem apreciar o projeto de lei.

Tal fato colabora para que as emoções momentâneas e clamores populares por mais punição possam ser destrinchadas ao máximo, a fim de que se averigue até onde podem sustentar a necessidade de elaborar uma lei penal ou para verificar se a medida tencionada busca tão somente a correspondência imediata ao que a sociedade almeja, mesmo que o ato a ser criado não acarrete os efeitos pretendidos com a edição da *novatio legis* ou até mesmo desencadeie outros problemas em paralelo, que inicialmente a sociedade possa não enxergar.

Especialmente no caso da redução da maioridade penal, urge que exista espaço para esta temática ser enfrentada e discutida em pormenores, rendendo ensejo, inclusive, para possíveis críticas e posicionamentos adversos à sua implementação, haja vista que por ser um tema sobre o qual acentuada parcela da sociedade tem demonstrado concordância, alternando os posicionamentos, normalmente, apenas no marco da idade, se seria 14 ou 16 anos, revela-se importante tomar cuidado para que esta perspectiva não acabe acelerando a adoção de medidas irrefletidas ou tendentes a recair nos efeitos colaterais da correspondência à expansão punitiva intensiva.

Outro não é o pensamento de Roberto João Elias, ao advertir para a amplitude que o tema da redução da maioridade penal deve alcançar, senão veja-se o que vaticina o autor:

É uma questão a ser estudada não somente por políticos e juristas, mas por sociólogos, psicólogos e outros profissionais. Não se pode, a nosso ver, ficar preso a certas tradições e preconceitos, mas é preciso examinar o problema por todos os ângulos, sem qualquer discriminação. Embora sejamos favoráveis à diminuição para pelo menos dezesseis anos, entendemos que a matéria deve ser estudada com muito cuidado, examinando-se, principalmente, as experiências de outros países cuja responsabilidade penal é alcançada aos quatorze anos ou até mesmo antes dessa idade.⁵⁴³

O princípio da legalidade, sob a perspectiva ora apresentada, funciona como um limite,⁵⁴⁴ que tem o condão de impor barreiras para evitar o problema da inflação legislativa, do simbolismo das leis penais, bem como do oportunismo político eleitoreiro⁵⁴⁵, haja vista ter se notado serem fatos corriqueiros, onde a edição de uma lei penal, conquanto editada para combater determinados males, se vê criada tão somente com o fito de servir como tranquilizante ético para a sociedade.

Sem embargo, é forçoso asseverar que mesmo diante deste limite imposto por tal princípio, tem-se observado o crescente número de leis e até mesmo o atropelo em etapas fundamentais da criação de uma lei penal, haja vista que muitos temas não são enfrentados amiúde, porque a pressa na aprovação da lei faz com que se subtraia o enfrentamento de

⁵⁴³ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990). 2 ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

⁵⁴⁴ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Op. cit., p. 47.

⁵⁴⁵ GARLAND, David. Op. cit., p. 250.

assuntos importantes, que demandam tempo, atenção e capacidade técnica para serem avaliados.

Nada obstante, os problemas que se procura evitar poderiam ser ainda mais preocupantes, caso não existisse a imposição contida no princípio da legalidade. De toda sorte, vislumbra-se que a atuação deste princípio em força conjunta com os demais fundamentos do direito penal fortalece as comportas que frenam a expansão punitiva que se assiste hodiernamente.

6.4.4 Princípio da culpabilidade: da responsabilidade penal subjetiva ao limite de uma disseminação do suposto mal pertencente do sujeito criminoso

Outro fundamento do direito penal albergado pela Carta Magna, que serve de limite ao poder de punir se encontra insculpido no art. 5º, inciso XLV, onde resta disciplinado que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

Ora, se nas sociedades primitivas a responsabilidade possuía um cunho objetivo, podendo atingir diretamente pessoas que não se encontravam envolvidos na prática danosa; vislumbra-se, nada obstante, que ao longo da história as civilizações passaram a positivar a responsabilidade de cunho subjetivo, baseadas na culpa em *sentido lato*, tendo ganhado força a acepção de que a culpabilidade é pessoal e (in) transcendente.⁵⁴⁶

Denominado como princípio da culpabilidade⁵⁴⁷, seu conteúdo procura responsabilizar tão somente o agente que pratica o ato criminoso, não devendo ser estendida tal responsabilidade para outra pessoa, que não esteja envolvida com a ação ou omissão delituosa. O teor deste princípio se encontra explicitado na lição de Nilo Batista⁵⁴⁸:

Em primeiro lugar, pois, o princípio da culpabilidade impõe a *subjetividade* da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. [...] Em segundo lugar, temos a *personalidade* da responsabilidade penal, da qual derivam duas consequências: a *intranscendência* e a *individualização* da pena. A *intranscendência* impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime (ou, mais analiticamente, dos autores e partícipes do crime). A responsabilidade é sempre *pessoal*. [...] Por *individualização* se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja,

⁵⁴⁶ LUISI, Luiz. Op. cit. 32-38.

⁵⁴⁷ Alberto Jorge adverte que a culpabilidade possui três acepções diversas (verificação de dolo ou culpa; terceira categoria dogmática, ao lado da tipicidade e da ilicitude; medida de pena, para subsidiar a individualização de sua aplicação), contudo o significado, ora tomado como referência, para o estudo em análise, diz respeito a primeira acepção de culpabilidade, como princípio, que procura afastar a responsabilidade objetiva, caminhando no sentido de tão somente responsabilizar o agente por dolo ou culpa. BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. 107-109

⁵⁴⁸ BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 100-101.

a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina. [...].

Através desse princípio, procura-se imprimir uma responsabilidade subjetiva, portanto, pessoal, a qual se encerra no agente que será condenado pela prática criminosa (intranscendência), bem como que considere o máximo de elementos que particularizam a situação daquele que padece da sanção penal (individualização).

A responsabilidade pela prática de um crime, portanto, encerra-se na pessoa do agente que pratica ou concorre para a execução do delito, de modo que a família do adolescente em conflito com a lei, por exemplo, caso não envolvida nas ações delituosas de seu parente, nada tem a responder pelo envolvimento deste no mundo do crime.

No entanto, tem se tornado frequente assistir-se a situações em que a intranscendência é claramente violada, haja vista que a ânsia punitiva afigura-se tamanha, a ponto de confundir a responsabilidade do criminoso com uma “suposta responsabilidade” concorrente de sua família.

Tais casos são comuns no cenário punitivo contemporâneo, pois significativa parcela do conteúdo inserto no princípio da culpabilidade tem perdido força, ante o sensacionalismo midiático⁵⁴⁹, que vem atingindo o campo punitivo. Nesta senda, vale transcrever a percepção de Marcelo Semer⁵⁵⁰:

Esta ideia fundamental de não transcendência da punição, contudo, não se realiza integralmente na prática. O desamparo dos familiares de presos, a revista vexatória a seus familiares, a amamentação de filhos no interior de estabelecimentos prisionais e a crescente exposição pública do condenado são algumas das mostras inequívocas do quanto a pena acaba por desdobrar os limites do próprio condenado.

Situações dessa natureza têm se repetido através da divulgação maciça do ambiente íntimo e da vida privada, tanto do adolescente em conflito com a lei (ora tão só acusado, ora já condenado), quanto de sua família, de maneira que a identidade desta é associada ao perfil do infrator, como se aquela fosse portadora também de “um mesmo mal”, que o agente criminoso traria consigo.

Além do mais, importa registrar que, diante de casos como estes, é lugar comum que as mídias sensacionalistas enfoquem o drama familiar vivido, especialmente, pelos pais e parentes dos adolescentes em conflito com a lei, de modo que a afetividade por demais afluída nos encontros entre familiares e infratores não passam despercebidos pelas câmeras e jornais; antes disso, são explorados maciça e publicamente.

⁵⁴⁹ ANGRIMANI, Danilo. Op. cit., p. 16.

⁵⁵⁰ SEMER, Marcelo. Op. cit., p. 41-42.

Sem embargo, revela-se necessário esclarecer que o princípio da culpabilidade não objetiva intervir na ausência sentida pela família do acusado ou condenado em seu lar ou até mesmo na lacuna deixada pelo agente nos locais e relacionamentos que participava, visto que a condenação de qualquer indivíduo socializado afetará tantas outras relações que esse se veja envolvido.⁵⁵¹

Entretanto, o princípio em análise tem seu raio de abrangência voltado a limitar a expansão da imputação que pode se realizar, ainda que por via tímida, mas que desrespeita o viés subjetivo da responsabilidade no campo penal.

Ademais, cumpre salientar que as formas dessa malsinada projeção de responsabilidade penal nas famílias de agentes criminosos possuem inúmeras maneiras de ocorrer, porém denunciam uma mesma realidade, que se configura no desrespeito ao princípio da culpabilidade pela exposição dos familiares e amigos do condenado, como se fossem corresponsáveis pela prática de atos criminosos, pois estes acabam sofrendo, na mesma medida ou até em níveis mais elevados, as dores da acusação e/ou condenação do sujeito infrator.

A intranscendência, autêntico corolário da culpabilidade, deve ser recordada para funcionar como limite a expansão da imputação (típico sintoma da onda punitiva), visto que, por vezes, a vontade de punir é endereçada a determinados parentes e amigos, tão somente por estes se encontrarem ligados ao agente transgressor da lei (como o adolescente infrator) por um vínculo exclusivamente familiar ou de amizade.

Além disso, mesmo que o princípio da culpabilidade não limite acentuadamente a expansão punitiva intensiva, tal como o faz os demais fundamentos constitucionais do direito penal listados acima, revela-se necessário que uma eventual aprovação da proposta que tenciona recrudescer a punição dos adolescentes em conflito com a lei seja sopesada a luz do conteúdo que se extrai deste princípio, especialmente, do conceito de culpabilidade enquanto medida da pena, haja vista esta servir ao juiz como “[...] padrão para fixação das margens penais em certos marcos [...]”.⁵⁵²

Especialmente, os adolescentes e crianças, por serem ainda seres em formação de personalidade e maturidade humana, deverão ainda ter seus históricos de vida, oportunidades,

⁵⁵¹ GRECO, Rogerio. Op. cit., p. 123.

⁵⁵² BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 108.

ambiente social e econômico investigados pelo magistrado que tiver que aplicar uma eventual pena a tais sujeitos, conforme disciplina o art. 59 do Código Penal⁵⁵³.

Dessa maneira, todos os elementos que compõem o art. 59 do Código Penal funcionam para que seja feita um juízo sobre a culpabilidade do infrator condizente com suas idiossincrasias, ilação que para além de demonstrar um limite à expansão punitiva se expressa muito se aproxima do conteúdo a ser extraído também do princípio da individualização da pena, visto a seguir.

Frise-se que a culpabilidade funciona também como limite a expansão punitiva intensiva, sobretudo quando da aplicação concreta de uma sanção penal, pois, consoante assinala Alberto Jorge Correia de Barros Lima “as irradiações do princípio da culpabilidade limitam, ademais, as possibilidades interpretativas do juiz criminal”⁵⁵⁴, ou seja, urge que a participação destes no crime reste demonstrada ao longo da instrução processual.

Assim sendo, jamais será presumida a responsabilidade de um infrator, faz-se mister que essa reste comprovada no bojo de um processo, a fim de que o juiz detenha segurança jurídica suficiente para condenar o acusado, tomando por norte as circunstâncias do art. 59 do Código Penal para aplicar a pena adequada ao caso concreto.

Vê-se, portanto, que o princípio da culpabilidade se mostra um fundamento do direito penal que se acha disciplinado na Constituição e pode ajudar numa limitação concreta ao expansionismo punitivo, sobretudo caso a proposta de emenda tendente a reduzir a maioria penal vingue na ordem jurídica pátria.

6.4.5 O princípio da individualização da pena como limite ao acolhimento da criação de estereótipos de inimigos e das penas tarifadas

É possível ainda pontuar outro fundamento constitucional do direito penal, responsável por limitar a força punitiva Estatal, o qual se encontra positivado no art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, quando dispõe que: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

⁵⁵³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁵⁵⁴ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Op. cit. p. 115.

Referido dispositivo legal impõe, inicialmente, a necessidade de a pena ser individualizada, circunstância que recorda aos agentes responsáveis pela aplicação das medidas punitivas que cada pessoa submetida ao sistema penal é única, singular, individual, portanto.

Todavia, este princípio vai além, porque prescreve ainda as espécies de penas que podem ser adotadas pelo legislador na fixação de crimes, viabilizando a análise prévia, quanto à real necessidade de se utilizar a pena e de que maneira pode ser melhor aplicada (caso seja viável seu uso), servindo ainda de importante ponto de apoio, para se refletir a imposição de uma sanção penal e qual delas utilizar.

Verifica-se também que o raio de abrangência deste princípio alcança o campo judicial, impondo ao julgador estabelecer a pena concreta, em atenção às particularidades do caso que lhe é submetido para julgamento. Para tanto, o Código Penal, mormente a partir do art. 59, apresenta circunstâncias que ajudam no ato de fixação da pena, levando em consideração circunstâncias específicas tanto do criminoso, quanto do delito e da vítima.

Ademais, tal princípio irradia efeitos também à execução penal, porquanto se vislumbra ser necessária a incidência do seu conteúdo nas estratégias e mecanismos utilizados no cumprimento de pena do indivíduo, por ventura, apenado (trata-se da chamada individualização administrativa).⁵⁵⁵

O alcance deste princípio na seara da execução penal pode ser vislumbrado no cumprimento de pena de homens e mulheres em estabelecimento prisional distinto (art. 5º, inciso da CF)⁵⁵⁶, como também o exame criminológico para fins de adequar o preso ao cumprimento de pena mais adequado (art. 8º da Lei n. 7.210/84).⁵⁵⁷

Conquanto o princípio da culpabilidade aduza a ideia de que a pena deve ser pessoal, direcionada tão somente ao sujeito responsável pelo ato infrator, o princípio da individualização da pena aperfeiçoa o conteúdo da culpabilidade, uma vez que procura levar o agente a ser punido pela pena mais adequada e necessária para seu respectivo caso.

A individualização da pena alerta tanto o legislador quanto o julgador, como também o responsável por executar a pena, para as idiosincrasias do agente transgressor da lei, fato que conduz ainda ao alerta quanto à gravidade da ofensa praticada e o bem jurídico tutelado,

⁵⁵⁵ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Armadio. São Paulo: Rideel, 2006, p. 242.

⁵⁵⁶ Art. 5º [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado

⁵⁵⁷ Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

justamente com o fito de se aplicar a pena que seja acertada. Ao vislumbrar o aspecto limitativo presente no princípio em tela, adverte Marcelo Semer⁵⁵⁸:

[...] a individualização é, em si mesma, um princípio e, portanto, como todos os demais, limitador da intervenção do Estado. Decorre, sobretudo, da dignidade humana: que o homem seja tratado de forma individual e não lhe seja aplicada uma pena genérica (para fatos distintos) ou exemplar (que tenha como objetivo influenciar a atitude de terceiros).

No cenário contemporâneo, o princípio da individualização da pena demonstra ser limitador do poder de punir do Estado, porque ao advertir sobre a necessidade de se observar o indivíduo enquanto ser humano, irrepetível e individualizado, atenua as perspectivas punitivas que defendem o uso de penas cruéis e genéricas, previamente prefixadas e tarifadas para determinados criminosos, ignorando, portanto, as circunstâncias do caso concreto, que por ventura possam exigir uma punição diferente ao infrator.

Assim, ao se estereotipar determinados criminosos como seres “diferentes”, “figuras estranhas”, acaba se rotulando, numa mesma categoria de delinquentes, indivíduos com idênticas características e particularidades, que, via de regra, são vistos como mais um componente de uma massa de criminosos. Pensamentos desse naipe bloqueiam, para cada um destes indivíduos, a possibilidade de demonstrar as idiossincrasias de suas vidas, que são irrepetíveis e diferentes de quaisquer sujeitos.

Denota-se ainda, que o princípio da individualização da pena oportuniza, cite-se a título de exemplo, no debate acerca da redução da maioridade penal, que seja discutido a real possibilidade de um adolescente vir a padecer de um tratamento penal, tradicionalmente, endereçado para adultos, haja vistas as consequências que pode acarretar para os sujeitos que se encontram ainda em processo de formação de sua maturidade humana.

Além disso, individualizar a pena para os adolescentes significa muito mais do que decidir a marco etário para responsabilização criminal destes indivíduos ou até mesmo a real possibilidade de cumprirem pena em estabelecimentos semelhantes ao cárcere tradicional, ainda que separados dos criminosos mais perigosos, significa isto sim readaptá-los de uma lógica de proteção e socioeducativa para um sistema autêntico de punição.

O princípio da individualização instiga juristas e legisladores a repensarem a necessidade do uso da sanção penal e a forma como será utilizada, diante de uma determinada situação que se busca recrudesce, tal como a redução da maioridade penal.

Ademais, vislumbra-se que o princípio da individualização da pena tangencia também o princípio da proporcionalidade, uma vez que o Texto Constitucional, por ter previsto

⁵⁵⁸ SEMER, Marcelo. Op. cit. p. 90.

diversas espécies de penas, possibilita extrair uma ideia de gradação das penas, no sentido de que cada uma delas corresponderia à consequência adequada para determinado tipo de delito, típico conteúdo que deve ser levado em consideração desde o plano abstrato até os contornos concretos dos mais variados casos que surjam no cotidiano.

A individualização da pena frena ainda a expansão punitiva, quando sinaliza que a pena privativa de liberdade deve ser utilizada para trancafiar por um longínquo lapso de tempo os infratores, tão somente, quando as circunstâncias do seu respectivo caso exigirem. Tal reflexão se mostra fundamental de se ter, no caso de jovens que, caso sejam presos, terão suas vidas marcadas pelo mundo cárcere até os últimos dias de sua existência, fato que, inclusive, poderá ser determinante numa fase onde sua identidade pessoal está em processo de lapidação.

Ademais, a sanção penal é algo que tem serventia, sobretudo para fins de lidar com infrações a comportamentos vedados pela lei, contudo conforme a lição ministrada pelo jurista Raymond Saleilles⁵⁵⁹: “é preciso saber usar a pena, para que então ela possa ter eficácia em seu mister”.

Ora, tal princípio ainda se mostra importante para o caso da redução da maioridade penal vingar na ordem jurídica pátria, pois caso a PEC N. 171/93 venha ser aprovada, tal princípio será assaz importante para especificar a pena que o adolescente em conflito com a lei irá receber, bem como a forma como a sanção penal será executada, haja vista que não só sua condição pessoal deverá ser levada como circunstância especial a ser analisada, quando da fixação da pena concreta, seu regime e cumprimento e natureza da sanção penal imposta; mas também todo o conjunto das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Portanto, o juiz, ao adentrar na investigação da vida do adolescente em conflito com a lei, sopesará sua culpabilidade, os antecedentes criminais que se acham descritos nas fichas cadastrais oriundas de órgãos e instituições, além de se debruçar sobre a conduta social que o jovem mantém, sua personalidade, os motivos que o levaram a se lançar no mundo do crime, as circunstâncias que gravitavam em torno do cometimento do ilícito e as consequências que o delito gerou.

Assim, tais circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal ajudam o Juiz fixar a pena adequada ao agente infrator, podendo-o livrar de sanções penais tarifadas ou já pré-fixadas ou até mesmo da figura de um inimigo interno da sociedade.

⁵⁵⁹ SALEILLES, Raymond. Op. cit. p. 255.

Além disso, ao se debruçar sobre algumas dessas circunstâncias judiciais o magistrado tanto pode descortinar o ser humano que existe no infrator, fato que o ajudará na fixação das sanções e seus respectivos graus que devem recair sobre o agente, como pode descobrir uma eventual ausência de humanidade ao longo da vida do adolescente, fato contributivo para sua participação no mundo do crime e pelo desinteresse por outros estilos de vida.

Pelo que se expõe, quando se toma em apreço os princípios constitucionais esmiuçados acima, vislumbra-se que por revelarem uma marca ligada ao direito penal mínimo, oferecem balizas idôneas a limitar a expansão punitivo-intensiva.

A partir desses fundamentos constitucionais do direito penal, mostra-se possível extrair o aspecto limitativo que cada um deles comporta, justamente para apresentá-los como instrumentos adequados a contrabalancear os clamores oriundos do expansionismo punitivo, notadamente com a possibilidade real de redução da maioria penal por meio da PEC 171/93.

Dessa forma, tais fundamentos, quando não freiam o alargamento do campo penal, se mostram relevantes, ao menos para conduzir à reflexão sobre o enfrentamento de questões fundamentais que não podem passar ao largo, ante a velocidade e, por vezes, equivocidade, com que se espera que medidas desse estilo sejam postas em prática.

É bem verdade que desenvolver uma política criminal à luz desses princípios não significa a única medida a ser adotada para lidar com problemas que assolam a sociedade; todavia, o conteúdo desses fundamentos do direito penal instiga o desenvolvimento de soluções, bem como a concepção de uma nova mentalidade acerca do tratamento a ser endereçado ao problema da criminalidade, de modo específico, se tratando de adolescentes em conflito com lei, haja vista ter sido o caso tomado como objeto de estudo. Nesse caso, o expansionismo punitivo se verifica por meio de Proposta de Emenda à Constituição, especificamente na seara legislativa, com o poder de modificar radicalmente o tratamento a ser dado a uma parcela de sujeitos considerados pessoas em desenvolvimento.

7 CONCLUSÃO

A compreensão do expansionismo punitivo exige que o estudioso desta matéria debruce seu olhar para a sociedade, procurando entender a forma como o meio social vem se comportando ultimamente. Isso porque os alicerces que ancoram a expansão punitiva são encontrados no cenário social, razão pela qual aprofundar o estudo em torno dos caracteres que delineiam a sociedade moderna ajuda na compreensão do fenômeno jurídico.

Nessa ótica, a expansão punitiva outra realidade não denuncia senão o reflexo da modernidade líquida no campo jurídico, de maneira mais específica na seara do direito penal, posto que os caracteres da sociedade contemporânea aparecem com certa nitidez, inclusive, tanto nas propostas no sentido de recrudescer o sistema punitivo, quanto na forma como os órgãos oficiais e agentes públicos, responsáveis em lidar com sistema penal, tem ofertado como resposta a demanda social por punição que se visualiza nos tempos modernos. Por isso, revela-se necessário firmar neste relato derradeiro do presente trabalho, que estudar o direito, seja em qualquer de suas categorias, importa ter que reconhecer sua dependência dos fatores sociais.

É que o direito, enquanto fenômeno inerente à sociedade, não pode ser compreendido como algo apartado desta; antes, porém, brota do meio social, haja vista, consoante se pode perceber quando se trata da expansão punitiva, um típico caso que reflete a influência e até mesmo determinação dos caracteres sociais na configuração de acontecimentos e situações que toma como objeto de intervenção, razão pela qual adentrar nas raízes de qualquer fenômeno social significa melhor compreendê-lo em sua essência e integralidade.

Outrossim, revela-se forçoso asseverar que as reivindicações insurgentes da expansão punitiva que se assiste modernamente têm partido de uma projeção fragmentada – para não dizer equivocada – do direito penal. Isso porque a crença na punição como mecanismo encontrado para combater toda sorte de situações que geram mal-estar no corpo social, tem feito com que se conceba tal ramo do direito como se esse tomasse as sanções penais tal qual fins em si mesmo, como algo desgarrado de procedimentos prévios ao seu uso, bem como de institutos jurídicos que necessitam ser encarados sistematicamente, haja vista que balizam sua respectiva aplicação.

Ademais, o expansionismo punitivo tem se mostrado uma temática ascendente para os juristas, especialmente, da seara penal, tendo aberto, inclusive, margem para a discussão de assuntos caros ao sistema penal, bem como à própria sociedade, uma vez que se trata de fenômenos que se manifestam e importam ao corpo social.

Nessa esteira, se a expansão extensiva se caracteriza pela criminalização de novas condutas visando a tutela de bens jurídicos, tradicionalmente estranhos ao direito penal, e amplifica a intercomunicação desse campo do direito com outras searas jurídicas, causando assim a preocupação quanto às possibilidades dos institutos do direito penal terem que se modificar para se adequar tanto as novas exigências do seio social, quanto ao perfil de outros ramos do direito; vislumbra-se, por outro bordo, que a expansão intensiva do aparato coercitivo estatal, ao menos da forma como vem ocorrendo atualmente, tem contribuído para gerar determinadas consequências, que caminham no sentido de acarretar situações problemáticas para o Estado cuidar.

Percebe-se, de maneira mais límpida, que fenômenos como a inflação legislativa, oportunismo político, configuração de um inimigo interno, encarceramento em massa, legislação simbólica, revelam-se típicos fatos que violam direitos fundamentais do cidadão, motivo pelo qual não podem passar despercebidos, sob pena de que venham atingir proporções maiores, a ponto de colaborar tanto com a falácia de que seria apanágio da expansão punitiva resolver as mazelas sociais, quanto com a manutenção de um quadro social que vai de encontro aos valores caros à coexistência social, muito desses positivados na Carta Magna de 1988, como verdadeiros princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

A correspondência aos clamores por expansão punitiva intensiva tem colaborado com o renascimento de um direito penal conivente com a arbitrariedade, mormente considerando que a demanda social por punição que anseia capturar os culpados pelos males sociais modernos, visando aplicar-lhe as penas mais severas possíveis que o ordenamento jurídico possa oferecer, torna este ramo do direito suscetível de compactuar com o retorno à barbárie punitiva.

Ademais, o que se discute em torno da redução da maioria penal, objeto deste estudo, representa um dos casos que se verifica no mundo hodierno, apto a expressar um fenômeno macro que se espalha no cenário social, visualizado neste direcionamento ao uso dos institutos de direito penal, notadamente, as sanções penais mais severas, para lidar com os problemas que se percebem na sociedade, como a primeira via encontrada.

No entanto, consoante se vislumbrou ao longo do tema explorado, ainda que se venha reduzir ou não a idade de referência, para fins de responsabilização penal, faz-se necessário que o debate seja ampliado e qualificado, no sentido de interpretá-lo, sobretudo à luz dos fundamentos constitucionais do direito penal, para que soluções apressadas não provoquem ou aumentem problemas para o Estado se preocupar.

Diz-se assim porque a discussão em torno da redução da maioria penal é, antes de tudo, um problema constitucional, de modo que, caso as reivindicações pela expansão punitiva venham influenciar no andamento da PEC N. 171/93, com sua aprovação ter-se-á modificações não apenas no Texto Constitucional, mas haverá a necessidade de se realizar mudanças que atingirão toda a ideologia de proteção à criança e ao adolescente, positivada no ordenamento jurídico e coligada com os Tratados e Convenções internacionais de proteção a tais sujeitos, dos quais o Brasil é signatário, fato que acarretará ainda significativas e revolucionárias alterações de índole normativa em diversos institutos penais previstos, principalmente no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, na Lei de Execução Penal – LEP e na legislação penal extravagante.

Daí a necessidade ter de se encontrar limites idôneos a balizar o exercício do poder de punir do Estado, a fim de que o aparato coercitivo estatal não seja manuseado com vistas a corresponder tão somente a anseios punitivos, os quais projetam uma ideia equivocada do direito penal e para além de não adentrarem com profundidade nos problemas que procura solucionar, acarreta tantos outros, implicando a violação de garantias conferidas pela legislação ao indivíduo submetido às instâncias penais.

Por isso, extrair a função limitativa que se encontra inserida nos fundamentos do direito penal para direcioná-los à frenagem do movimento expansivo punitivo contemporâneo, por certo, não significa a única e exclusiva solução para minorar as angústias da pós-modernidade; nada obstante, dentro dos limites que tangenciam a seara do direito penal, isso representa, em verdade, um exemplo de luta pela defesa dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito insculpidos na Constituição Federal de 1988, que outro objetivo não tenciona senão a proteção do ser humano – de forma particular de crianças e adolescentes – bem como a respectiva efetivação de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa**. 2. ed. São Paulo: Summus, 1995.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out., 2009.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3 ed. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução a sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2001.
- BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Direito Penal e Constituição: para além da legalidade formal. **Revista do Mestrado em Direito**. v. 2, n. 2. Maceió: Nossa Livraria, jun. (2006).
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 8ª edição, novembro de 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- _____. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- _____. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. **O Mal-estar da pós modernidade**. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama, revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Medo Líquido.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidade Líquida.** Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos Líquidos.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Vigilância líquida:** diálogos com David Lyon. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Trad. por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas** (1764). Trad. Torrieri Guimarães.. 6ª Reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Howard. **Outsiders Estudos de Sociologia do Desvio.** Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2008.

BERGER, Peter L; LUCKMAN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido:** a orientação do homem moderno. Trad. por Edgar Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

BETIOL, Giuseppe. **O problema penal.** Trad. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BOLDT, Raphael. **Criminologia Midiática:** do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BULOS LAMMÊGO, Uadi. **Curso de direito constitucional.** 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALLEGARI, André Luís. **Sistema penal e política criminal.** André Luís Callegari, Maiquel Ângelo Dezordi Wemuth. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CALLIGARIS, Contardo. **A Maioridade Penal.** Disponível em: <http://www.rplib.com.br/index.php/artigos/item/4847-a-maioridade-penal>. Acesso em: 09 de janeiro de 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Campinas, São Paulo: Servanda Editora, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O Executivo privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora: 2010.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **As alternativas às penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p227>, passim. Acesso em: 30.03.2016.

CASARA, Rubens. **Prisão e Liberdade**. Orgs. Marcelo Semer, Macrio Sotelo Felipe. 1ª ed. São Paulo: Estudio Editores.com, 2014.

CAVAGNINI, José Alberto. **Somos inimputáveis: o problema da redução da maioridade penal no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella. ALVES, Marina Pires. **A Redução da Maioridade Penal: Questões Teóricas e Empíricas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a11.pdf>. Acesso em: 24.09.2015, p. 653-654.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. **Direito penal garantista & nova criminalidade**. 1ª ed. (ano 2002). Curitiba: Juruá, 2006.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE DEUS, Jardel Sabino. A sociedade do risco e a (in) eficiência da expansão do Direito Penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 99, vol. 891, p. 477–494, jan., 2010.

DOS SANTOS, B. R.; TORRES, A. S.; NICODEMOS, Carlos; DESLANDES, S. F. Desenvolvimento de paradigmas de proteção para crianças e adolescentes brasileiros. **Teoria e Prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente**. Simone Gonçalves de Assis (Org.). Rio de Janeiro, RJ: Fundação Oswaldo Cruz; Educação à Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2009.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75-95, maio-jun. 2012.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990). 2 ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FELETTI, Vanessa Maria. **Vende-se segurança**: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 69, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 46-94, nov./dez., 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**. Panorâmica de alguns Problemas Comuns. Almedina: Portugal, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**. O minidicionário da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Coordenação de edição Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Direito Penal secundário, inflação legislativa e *white collar crimes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 87, ano 18, p. 298-343, nov. dez. 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Organizadores: Bruno Calabrich; Douglas Fischer; Eduardo Pelella. 2ª tiragem. Salvador/BA: JusPodivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 41 ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2013.

FREITAS, Luiz Carlos de. **Uma pós-modernidade de libertação**: reconstruindo as esperanças. Campinas/SP: Autores Associados, 2005.

GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Trad. de Sergio Faraco; com gravuras de José Guadalupe Posada. Porto Alegre, RS: L&PM Editores, 2009.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAVAZZONI, Antonio Marcos; MARCELLINO, Jr. Julio Cesar. **Constituição, Estado e Garantismo Jurídico**: Diálogos Cruzados. Reflexões sobre o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: Estudo cruzado das lições de Lorenzo Cordova Vianello e Ermanno Vitale. Orgs. Antonio Marcos Gavazzoni; Julio Marcellino Jr. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12274>>. Acesso em: 7 fev. 2015.

_____. Mídia, direito penal e vingança popular. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2171, 11 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12956>>. Acesso em: 28 jul 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2ª ed. ver., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOBBS, Thomas. Coleção Obra-Prima de cada autor. **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. por Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**. O sistema penal em questão. 2ª ed. Trad. Maria Lúcia Karan. Niterói: LUAM EDITORA LTDA, p. 1982.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LEMONS, Carolina Barreto; GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. Crime e Risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais ano 20, n. 97, p. 393-420. jul-ago. 2012.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Domelita. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992

LIMA, Milton Bezerra de; MAFRA, Verônica Cecília da Silva. O atendimento Socieducativo: Discutindo Possibilidades. **Escola de Conselhos de Pernambuco**: extensão universitária e direitos da criança e do adolescente. Humberto Miranda Org. Recife: Linceu, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12-18.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, João Victor Bezerra. **A pena de morte é a solução?** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34330/a-pena-de-morte-e-a-solucao>. Acesso em 24/02/2015.

MATOS, Martinho Ciriaco de. **A redução da maioridade penal: o holismo no direito.** Salvador, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência.** 15ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. Lei dos Juizados Especiais Criminais. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade.** Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

_____; PATRICK, Viveret. **Como viver em tempo de crise?** Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MONTE, Franciela Félix de Carvalho; SAMPAIO, L. R.; ROSA FILHO, J. S., &

BARBOSA, L. S. (2011). Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação. **Psicologia e Sociedade**, 23(1), 2011, 125-134.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, José Almir do; GANEIRO, Thiago Gabriel Silva. Um sistema para garantir Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. **Quer um conselho?** : A trajetória dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e Tutelares no Brasil. Humberto Miranda (Org.). Recife: Linceu, 2013.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial.** 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Anabela; RAMOS, Silvia. **Mídia e violência: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil.** Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas: a racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos.** Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 17, n. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar-abril, p. 313-330, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

PIMENTEL, Elaine. **As faces da segurança pública e dos direitos humanos em Alagoas**. Orgs. Ruth Vasconcelos e Elaine Pimentel. Sistema penitenciário, reintegração social e direitos humanos em Alagoas. et. al. Maceió: EDUFAL, p.91-109, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, parte geral: arts. 1º a 120. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo; Saraiva, 2002.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**. Trad. de Luís Alberto Salton Peretti. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ROSA, Alexandre; KHALED JR. Salad H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do Direito Penal e a Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 42, p. 123-142, jul-set. 2011.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Armadio. São Paulo: Rideel, 2006.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade**: causas e soluções. 1ª ed. (ano 2006), 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático**. Orgs. Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

SENNET, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA SANCHEZ, Jésus-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SODRÉ, Muiz. **Sociedade, Mídia e Violência**. Porto Alegre: Sulina: Edipucrs, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. **Revista Brasileira das Ciências Criminais**, ano 20, nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 363-382, jan./fev. 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TÓFOLI, Luciene. **Ética no Jornalismo**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petropolis: RJ: Vozes, 2006.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Trad. Ivone Benedetti. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VASCONCELOS, Ruth. **O “reverso da moeda”**: a rede de movimentos sociais contra a violência em Alagoas. Maceió: EDUFAL, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª ed. rev. e ampl., ago. 2007. 1ª reimpressão, março de 2013.

WEBSTER, Cherly Marie. Caderno CRH n.1 (1987). Limites da Justiça: o papel do sistema de justiça criminal na redução do crime. **Dossiê: Violência, Criminalidade e Justiça**. Eduardo Paes Machado. (Org.) Salvador, Centro de Recursos Humanos/ UFBA, 2006. V. 19, n. 47. Maio-Ago. 2006.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª ed., Janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.