

## **VIOLÊNCIA, DIREITO PENAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ESTUDO NA TENTATIVA DE SE AVALIAR A SOLUÇÃO MAIS ADEQUADA PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE.**

*Isabela Marques Santos.<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo aborda a questão da violência criminal e do Direito Penal. De forma a analisar suas interligações, citam-se dois modelos opostos em suas propostas – Direito Penal Máximo e o Direito Penal Mínimo. Além desses, tem-se outro modelo que apregoa a abolição do direito penal. Dito isso, pretende-se compreender como cada um visa contribuir na aplicação do Direito Penal e ao mesmo tempo possibilitar mudanças no quadro de criminalidade que se tem atualmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** *violência criminal, Direito Penal Máximo, Direito Penal Mínimo, Tolerância Zero, criminologia.*

**ABSTRACT:** This article addresses the issue of criminal violence and Criminal Law. In order to analyze their interconnections, it is mentioned two types of theoretical models opposite in their proposals – the Maximum Criminal Law and the Minimum Criminal Law. Apart from those, there is another model that proclaims the elimination of Criminal Law and, at the same time, enabling changes in the framework of crime which currently stands.

**KEYWORDS:** *criminal violence, Maximum Criminal Law, Minimum Criminal Law, Zero Tolerance, criminology.*

---

<sup>1</sup> Estudante da Graduação em Direito no Uniceub.  
E-mail: isabela\_smart@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

A violência criminal, hoje, é um tema frequente em discursos políticos em vários países. A preocupação em solucionar esse problema encontrou adeptos até mesmo em sociedades com índices de criminalidade baixos. O discurso da lei e da ordem é amplamente usado como instrumento de legalização de políticas-criminais associada à característica mais presente da sociedade contemporânea que é o medo, a sensação de insegurança que se tornou intrínseca à consciência coletiva. O tema da violência ganhou tal importância que aliada à globalização tornou-se uma “obsessão mundial”.<sup>2</sup>

Nesse contexto, a atuação do direito penal se materializa e ganha destaque, já que os operadores do direito irão recorrer aos seus fundamentos e ferramentas a fim de encontrar repostas as mazelas da sociedade. É com o direito penal que o Estado obtém seu poder punitivo para instituir infrações penais e as sanções correspondentes.<sup>3</sup>

Nesta linha, surge a corrente do Direito Penal Máximo cuja premissa é que o direito penal é a cura para os danos que a violência exhibe no meio social, assim seu emprego torna-se necessário e imprescindível. Porém, há de notar que a existência da lei penal e logo sua sanção, não inibe a prática de crime, isto é, o infrator não deixa de cometer um crime pelo fato de haver uma lei penal.

Dessa forma, sua constante aplicabilidade para quase todas as situações de crises econômicas, ecológicas, sociais e culturais não pode mais ser vista como adequada, já que a intervenção jurídica-penal tradicional juntamente com as fundamentações teórico-penais somente ostenta o resultado de uma legislação simbólica.<sup>4</sup>

Contrapondo a esta ideologia surge às visões críticas e propostas de caráter sociológico das outras ciências criminais tais como a criminologia e a política criminal. Pois, “diferentemente do Direito Penal, a criminologia pretende conhecer a realidade

---

<sup>2</sup> BELLI, Benoni. **Tolerância zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. XII.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. -8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.74.

<sup>4</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**; tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.97.

para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com apoio de uma série de critérios axiológicos.”<sup>5</sup>

Assim, a criminologia e a política criminal além de oferecem ao Direito Penal novos enfoques de ordem social que lhe deem estratégias para solucionar a criminalidade, também o criticam sugerindo novas teorias que possam se somar ao direito penal como também substituí-lo. Os fundamentos dessas ciências, manifestam-se em outras duas teorias: a do abolicionismo penal e do garantismo penal também chamada de direito penal mínimo. Essas, em contrapartida, vão procurar maneiras que não envolvam encarceramentos, elaboração de leis penais e endurecimento da legislação penal.

Compreender o porquê da atuação exacerbada do direito penal não ser a melhor solução para reverter à situação de criminalidade atual torna-se matéria de reflexão, portanto, possui relevância política, social e acadêmica. Pois, ao mesmo tempo em que o direito penal garante a defesa da sociedade, ele também tende à restrição de direitos e de garantias fundamentais e ao possível caos, já que problemas antigos não resolvidos levam à intensificação de seus efeitos.

A pesquisa para esse artigo é passível de ser realizada, pelo fato de ser um assunto que é atualmente debatido entre a comunidade jurídica e foi também tema de inúmeros artigos e livros, cada qual focando um aspecto do problema da criminalidade. Além disso, a persecução pela diminuição da atuação do direito penal em alguns fatos criminais já apresenta jurisprudência a ser estudada.

Por fim, é necessário salientar que o presente trabalho pretende apresentar as razões do Direito Penal não ser considerado como a única resposta para todos os males que a sociedade enfrenta devido à violência criminal. Dito isso, tenta-se, portanto, por meio dos discursos das novas teorias criadas no campo da ciência criminológica, a solução mais adequada e condizente com o padrão cultural do povo brasileiro e assim removendo a ideia equivocada de um “direito penal do terror”.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.38.

<sup>6</sup> LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.67, ago 2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541). Acesso em janeiro de 2013.

## 2. DIREITO PENAL MÁXIMO

Nucci cita e aborda o conceito de direito penal máximo, afirmando o seguinte: “É um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltadas à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que a custa do sacrifício de algum inocente.”<sup>7</sup>

A característica principal dessa concepção de direito penal é a de criminalizar as condutas as quais podem trazer algum dano à sociedade, e logo essa corrente não se preocupa com os bens jurídicos a serem tutelados, mas sim com a importância que tais bens jurídicos tutelados irão refletir na sociedade, ou seja, no ponto de vista desta face do direito penal, o bem jurídico será relevante se a sociedade o vir dessa maneira.

Conclui-se, então, que deverá ser analisada a situação histórica de uma sociedade e seus valores a fim de saber qual é o bem jurídico que está sendo protegido no momento da elaboração de uma lei mais severa ou de um novo tipo criminal.

Como consequência têm-se uma quantidade mais acentuada de crimes criados, exasperação das penas, os regimes de cumprimento de penas são mais severos, intolerância com os deslizes, aumento do rol de crimes hediondos e restrição de benefícios na execução da pena.<sup>8</sup>

A mídia, juntamente com os discursos de super-criminalização feitos pelos políticos que querem dar ênfase a sua atuação na casa legislativa relativa ao combate à criminalidade, não ajudam a minimizar as tensões sociais, entretanto, agravam o sentimento de insegurança e logo corrobora para que o direito penal seja mais abrangente e conseqüentemente mais dominador.

A violência é tão denunciada e explícita nos noticiários que não é uma surpresa que os cidadãos contraem para si a ideia de estarem em constante situação de perigo e por isso, as pessoas acabam concordando que sejam tomadas medidas emergenciais e

---

<sup>7</sup> NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.**-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.397.

<sup>8</sup> WERMUTH,Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.92.

duras para que a situação-chaos seja interrompida. No entanto, a realidade não alcança o objetivo almejado pelos teóricos dessa concepção de direito penal, já que o que se tem é uma quantidade exorbitante de leis penais com efetividade duvidosa, incapaz de mostrar sua relevância e não dando conta de responder ao problema da violência.

É possível, então, ser encontrado na realidade brasileira, vários casos em que o medo e o terror de situações ocasionadas no seio da comunidade, transmitidas em redes de comunicação, que foram mais tarde reflexos de medidas e reformas em leis as quais se tornaram mais rígidas. A título exemplificativo têm-se:

a) Lei n.7.492/1986 ao definir os crimes contra o sistema financeiro nacional, elencou como delito a “gestão temerária de instituição financeira”, sem delimitar a tipicidade de tal conduta, limitando-se simplesmente a referir o *nomen juris* da figura típica; b) A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que ao definir como hediondas condutas já previstas no código penal, alterou consideravelmente as penas a elas cominadas e restringiu as garantias processuais dos autores de tais delitos; c) A Lei n.10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal (Lei n.7210/1984), instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado na execução da pena de prisão, permitindo o isolamento do preso provisório ou do condenado por até um ano, buscando, assim, atingir os integrantes de organizações criminosas e prevendo, na prática, uma modalidade de pena cruel com fins notadamente inocuidadores.<sup>9</sup>

Essa prática se torna um ciclo vicioso, pois toda vez que aparece na mídia um fato criminoso que perturba a sociedade, mais tarde, como consequência, se elaboram leis a fim de acalmar as preocupações dos milhares de pessoas que viram a notícia como alarmante. O retrato dessa situação é bem relatado por Sheila Lovatti em seu artigo:

[...] busca o controle social com a difusão de notícia sobre o aumento da criminalidade que alimentam a insegurança da população e que, por sua vez, passa a exigir uma resposta estatal imediata, por meio de leis mais severas, criação de novos tipos penais, bem como o recrudescimento das penas aos crimes existentes.<sup>10</sup>

O que a sociedade não percebe ou talvez não esteja vigilante é que essas medidas paliativas que não geram soluções eficazes em longo prazo, são de um

---

<sup>9</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.92-93.

<sup>10</sup> LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n.67, ago 2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_leitura&artigo_id=6541). Acesso em janeiro de 2013.

problema social e que o direito penal sozinho não irá modificar a presente situação, pois somente com uma transformação profunda na comunidade e em seus valores que poderá se ver retornos mais benéficos à população.

É observado que um número maior de presidiários não altera o índice de criminalidade que às vezes só tende a aumentar, e no meio de tudo isso, a mídia mostra os efeitos desastrosos de políticas-criminais que nas palavras de políticos e teóricos são ideais, mas suas consequências milagrosas não são vistas na realidade. É sabido que um dos maiores defeitos do governo brasileiro é a de não por em prática tudo que é prometido, pois muitas vezes são adquiridos novos equipamentos de segurança, presídios são construídos, mais policiais são contratados, no entanto a violência continua a fazer mais vítimas inocentes.

É nesse caos ou no meio dessa discrepância entre política e a própria atuação estatal, por meio de leis e medidas, que a concepção de Direito Penal Máximo ganha força e se torna o santo remédio para solucionar as dificuldades enfrentadas.

Porém, essa teoria estabelece um paradoxo, já que de um lado essa resposta à criminalidade pode ser legítima e a população a aceita, do outro lado é notado que se tem uma diminuição e uma restrição de direitos, embora muitos concordem com essa atitude sem questionamento, pois preferem ceder parte de seus direitos e garantias a fim de sentirem mais seguros.

À primeira vista, ninguém iria questionar essa atuação, já que parece ser um negócio vantajoso, entretanto, não percebem que essa ação não passa de um meio de ocultar e encobrir temporariamente a verdadeira questão a ser solucionada, pois os problemas ainda estão presentes, somente o modo de lidar com eles que tem mudado. Por isso, o que deve ser procurado são os meios adequados, de forma mais aprofundada, na tentativa de encontrar a raiz desse dilema que é nada mais que um problema social.

A partir desse esclarecimento, será mostrado em seguida como algumas políticas-criminais dessa natureza se tornaram populares e aceitas em diversas sociedades.

### 3. O MOVIMENTO DA LEI E DA ORDEM (*law and order*)

É um movimento que surgiu nos Estados Unidos a partir da década de 70, precisamente em 1976. Foi incorporado à política deste país com a finalidade de ver declinar os altos índices de criminalidade averiguados naquela década. A pena de morte, que antes estava suspensa, foi restabelecida e novas leis e políticas severas de combate ao crime foram adotadas. Com essas medidas, o EUA tornou-se um dos únicos do bloco ocidental a adotar a pena de morte, e a ostentar o título de maior presídio do mundo.<sup>11</sup>

O discurso da lei e da ordem foi introduzido à sociedade norte-americana e mais tarde ingressado em outras sociedades, inclusive a brasileira, por meio da divulgação um pouco exagerada de informações sobre a criminalidade de forma que criaram uma situação geral de terror.<sup>12</sup>

Embora esses dados demonstravam um aumento da criminalidade, eles eram apenas simbólicos, no entanto, isso não deteve a instalação naquele país de uma campanha contra todo o tipo de criminoso e paralelamente se verificou a intensificação do medo na população.<sup>13</sup>

Mais tarde, trouxeram informações numéricas de que a criminalidade havia reduzido ofertando ao povo confiança no projeto, do qual os políticos aproveitaram para se apresentar como os detentores das políticas de segurança pública contra a onda criminosa, isso justifica a sua rápida disseminação no país e depois em outros países.<sup>14</sup>

A política criminal *law and order* possuía os seguintes princípios: a) a pena tinha a função de ser retributiva e punitiva; b) os crimes considerados mais terríveis teriam como penas as mais duras e longas; c) as penas que tinham como regime o privativo de liberdade deveriam ser cumpridas em presídios de segurança máxima e o condenado seria submetido a tratamento bem rígido, d) a competência do juiz de

---

<sup>11</sup> ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal: e seus reflexos na Legislação brasileira.** 2ª edição. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.97.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.67, ago 2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura_leitura&artigo_id=6541). Acesso em janeiro de 2013.

<sup>14</sup> Idem.

execução seria reduzida de forma a conceder uma discricionariedade maior as autoridades penitenciárias.<sup>15</sup>

Com o surgimento deste movimento, muitos o caracterizaram como um dos retrocessos perante o processo de consolidação de direitos e garantias fundamentais que ocorria em décadas anteriores.<sup>16</sup>

### 3.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Com a inserção do pensamento do movimento da lei e da ordem foi também percebido outra face do direito e esta foi muito bem idealizada pelo penalista alemão Jakobs que significa:

Basicamente, se reconhece que o denominado Direito Penal do Inimigo, se contrapõe, na visão de Jakobs, ao Direito Penal do cidadão. Nessa perspectiva, este último se referiria às sanções de delitos e outras infrações penais que fossem realizadas por indivíduos de forma absolutamente incidental, revelando um comportamento social relativamente alargado, abusivo.<sup>17</sup>

Esse novo modelo em que o direito penal se apresenta está baseado na segregação que as políticas-criminais começaram a formular, pois se divide a sociedade em dois grupos; um formado pelas pessoas que não cometeram crime e por isso merecem a proteção estatal e o outro composto pelos homens delinquentes que transgrediram o contrato social e logo recebem toda a repressão da norma penal. Essa distinção recebe nomes titulados por Jakobs como “direito penal do cidadão”<sup>18</sup> e o “direito penal do inimigo”<sup>19</sup> que na vida real nunca se mantém separados, pois são “duas tendências opostas presentes no mesmo contexto jurídico-penal”.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal: e seus reflexos na Legislação brasileira**. 2ª edição. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.95-97.

<sup>16</sup> ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal: e seus reflexos na Legislação brasileira**. 2ª edição. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.98.

<sup>17</sup> JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª ed, corr. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 299. In: DE CARVALHO, Thiago Fabres. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, v.25, abril-junho, 2006, p.84-119.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> DE CARVALHO, Thiago Fabres. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, v.25, abril-junho, 2006, p.84-119.



No contexto da sociedade contemporânea brasileira, parece que esse modelo encontra imediata ressonância, já que se presencia o fenômeno da exclusão e da humilhação social. Ademais, não seria diferente em um país que sofre de uma violência interminável.<sup>21</sup>

### 3.2 TOLERÂNCIA ZERO

Não se poderia deixar de mencionar o programa da tolerância zero no contexto em que este artigo aborda, pois se não foi uma das mais importantes medidas estatais aplicadas é a que mais chegou próximo de resultados eficazes ao combate à criminalidade, porém seus resultados positivos são pontos de questionamento devido a não apresentação de bons resultados em outros contextos culturais e históricos.

Primeiramente é necessário apresentar a teoria das janelas quebradas (*broken Windows*) a qual o programa mencionado se baseia. Essa teoria foi engendrada por James Q. Wilson juntamente com George Kelling e seu argumento principal pode ser explicado dessa maneira:

é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora das janelas quebradas funcionaria assim: se as janelas quebradas em um edifício não são concertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas admitirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar mais janelas.<sup>22</sup>

Devido a sua compreensibilidade e a facilidade de fazer valer a lei e a ordem, muitos políticos se serviram desta campanha para sua ascensão e popularidade entre os cidadãos. Um deles foi o prefeito da cidade de Nova York, Giuliani que sabiamente posicionou o então chefe de polícia de trânsito, William Bratton, ao posto de comissário de polícia da cidade e este adotou a teoria como carro chefe de sua atuação.<sup>23</sup>

Naquela época tal política trouxe bons resultados e muitos acreditaram que tinham encontrado a varinha para os males que a violência criminal acarreta, porém

---

<sup>21</sup> DE CARVALHO, Thiago Fabres. O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, v.25, abril-junho, 2006, p.84-119.

<sup>22</sup> BELLI, Benoni. *Tolerância zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004, p.64.

<sup>23</sup> Idem.

deve-se levar em conta que naquele período a cidade e o país passava por uma fase econômica favorável o que pode ser a causa para o sucesso do programa. A crença de que a repressão é a arma principal para solucionar o problema, no entanto ainda continua presente e sendo empregada. Outro ponto crítico a essa teoria é que ela acaba reduzindo a vicissitude do crime como algo somente de caráter individual e rejeita as causas sociais.<sup>24</sup>

O Brasil não escapou da influência desse programa e muitos exemplos podem ser ilustrados e serão mais adiante neste trabalho, juntamente com a influência que o discurso da lei e da ordem teve. Portanto, a eficácia no território brasileiro é se não duvidosa, preocupante, sobretudo devido às raízes da sociedade que possui como principais características a discriminação social.

Além disso, o sistema prisional brasileiro não suportaria a demanda de mais pessoas sendo encarceradas devido ao cometimento de pequenas infrações. Atualmente, o Brasil já não consegue atender a demanda relacionada com os crimes considerados graves, imagina-se a situação desordenada que ocorreria se começasse a recorrer ao direito penal para punir toda e qualquer infração.<sup>25</sup>

Ao analisar qual classe social predomina nos presídios, demonstra-se que os presidiários em sua maioria são advindos da classe menos favorecida, ou seja, uma punição mais severa; a pena privativa de liberdade somente aumentará a desigualdade social, já que as pessoas que cometem os crimes mais visíveis, perseguidos e divulgados na mídia como latrocínio, roubo e furto são dessas classes.<sup>26</sup>

Infelizmente parece ser uma tendência do Estado brasileiro, que na presença de fatos aterrorizantes divulgados pela mídia e logo uma sociedade ávida por ações estatais, a servir-se do direito penal e a composição de leis como soluções e meios de apaziguar e demonstrar que algo está sendo feito. No entanto, é sabido que isso não trará

---

<sup>24</sup> BELLI, Benoni. **Tolerância zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004, p.64-66.

<sup>25</sup> ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o controle social** em notícia acessada no site <http://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo> Acesso em Janeiro de 2013.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal: e seus reflexos na Legislação brasileira**. 2ª edição. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.99-100.

por si resultados esperados e sim uma possível inflação legislativa ou até mesmo o agravamento da situação.<sup>27</sup>

### **3.3. LEI SECA COMO POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO.**

Em 2008, foi promulgada a Lei nº 11.705, mais conhecida como a “Lei Seca”. A lei alterou alguns artigos do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) na questão de proibir o consumo de bebidas alcoólicas por condutores. A partir da publicação da lei, motoristas flagrados excedendo o limite de 0,2 grama de álcool/litro de sangue pagaria multa, perderia a carteira por um ano e teria o carro apreendido. O propósito da lei era de reduzir os acidentes de trânsito ocasionados por motoristas embriagados.

Entretanto, ao decorrer dos anos foi observado que muitos dos condutores saíam impunes pelo fato de recusarem a fazer o teste do bafômetro, já que é uma garantia do cidadão não fazer provas contra si mesmo. Somado a essa escusa fornecida pela lei, também havia aqueles motoristas que continuavam a desrespeitá-la. Além disso, agregava-se a ausência de uma maior fiscalização.

A solução encontrada pelo governo e pelos legisladores, e, diga-se de passagem, a mais cômoda e que simbolicamente traria mais eficácia e concretude, foi o endurecimento da lei, isto é, a partir do final de 2012, foi promulgada uma nova lei, a qual enrijeceu a punição que agora possui um valor de multa mais que o dobro da anterior, o condutor pode ser preso, quaisquer testemunhos, gravações e imagens serão usados no julgamento e fica obrigatório o exame do bafômetro. Concluindo, a nova Lei Seca não tolera nenhum deslize, exasperou a pena e um tipo de crime foi gerado.

Não há como negar que o governo acabou de fazer uso da metodologia da tolerância zero, política essa já ultrapassada e não capaz de trazer bons resultados, como bem diz José Carlos de Oliveira Robaldo no extrato do texto abaixo:

A realidade, ou seja, o dia a dia tem demonstrado que mesmo com novas leis, com aumento de pena etc, a violência, a prática de determinados crimes, de atos infracionais, têm aumentado, como ocorre, por exemplo, com a nova lei de drogas, eis que, não obstante a sua maior rigidez, a prática tem demonstrado que o tráfico de drogas ilícitas continua a todo vapor. Outro exemplo, ainda que na área

---

<sup>27</sup> LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.67, ago 2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista\\_artigos\\_leitura\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista_artigos_leitura_leitura&artigo_id=6541). Acesso em janeiro de 2013.

administrativa, é o que vem ocorrendo com a denominada Lei Seca, pois, embora a sua ameaça, os acidentes de trânsito têm aumentado. Isso significa, em síntese, que se a lei não for cumprida, aplicada e executada adequadamente, seu poder intimidativo não será atingido.<sup>28</sup>

Recentemente no período de Carnaval, a polícia fez diversas blitzes e é assustador o número de presos somente na cidade de São Paulo, de acordo com a revista Veja, houve um aumento de 240% em relação ao mesmo período do ano passado.<sup>29</sup> Foram 435 presos, somente neste feriado, se essa tendência continuar talvez um dos futuros problemas seja a de não ter presídios suficientes para essa demanda. Algo que já é precário no Brasil e é um dos problemas na lista de espera a serem resolvidos.

Isso é um reflexo da intensificação da fiscalização, mas a pergunta que se faz é; por quanto tempo esse ritmo se perdurará? E esse elevado número de presos não acarretará em outros problemas sociais? Ou até mesmo em uma questão de violação de direitos individuais? Nota-se mais um caso de utilização de políticas criminais originadas das teorias do Direito Penal Máximo e da Lei e da Ordem.

Há controvérsias em relação à eficácia dessa nova Lei e mais ainda nos seus resultados e limitações que essa medida trás aos indivíduos condutores, pois é demonstrado pela análise das punições que os motoristas em circunstâncias abrangidas pela lei, serão tratados como qualquer outro criminoso e, além disso, as provas contra o condutor serão baseadas em testemunhos, imagens e gravações! Onde está a garantia de privacidade e o direito de ir e vir? Essas e outras questões serão muito importantes a serem analisadas em futuras observações dos frutos concebidos pela elaboração e aplicação da lei mencionada. Abaixo se tem um resumo das consequências de dirigir embriagado e ser flagrado:

Pela nova Lei Seca, os motoristas flagrados com mais de 0,34 miligramas de álcool por litro de sangue no teste do bafômetro podem ser presos em flagrante e responder por crime de trânsito. O simples consumo de álcool já pode configurar infração de trânsito, com multa de 1 915,40 reais. Uma resolução do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), publicada em 29 de janeiro, endureceu ainda mais a tolerância a condutores que dirigem alcoolizados. A partir dessa data, a multa passou a ser aplicada quando constatado um nível superior a

---

<sup>28</sup>ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o controle social** em notícia acessada no site <http://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>Acesso em Janeiro de 2013.

<sup>29</sup> Revista Veja em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/prisoos-nas-blitze-da-lei-seca-crescem-240-em-sp>. Acesso em Fevereiro de 2013.

0,05 miligramas de álcool por litro de sangue. Antes, o limite era de 0,1 miligrama.<sup>30</sup>

É neste momento que se percebe a abrangência e a interferência do direito penal em situações que outras medidas, fora de seu campo, poderiam trazer melhorias e não acarretar em pessoas sendo encarceradas e tendo direitos individuais violados.

A fim de analisar soluções, o presente artigo buscara mostrar teorias que continham em suas bases a inquietação descrita acima e logo será observado se tiveram sucesso ou ainda tem-se que buscar melhores maneiras.

#### 4. ABOLICIONISMO PENAL

É uma concepção bem diversa e contrária ao do Direito Penal Máximo, de maneira a formular novos métodos de resolver as questões que o direito penal traz como impasse a uma sociedade mais pacífica e livre da violência e das vicissitudes surgidas na aplicação demasiada do direito penal. Advém de uma visão crítica da criminologia e da política criminal na tentativa de questionar o modelo pré-existente.<sup>31</sup>

Esse modelo é produto de estudos e de artigos elaborados por Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. Na síntese de suas teorias tem-se a seguinte definição: “é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça.”<sup>32</sup>

Foi observado que durante as últimas décadas a pena privativa de liberdade não vem proporcionando os resultados que muitos teóricos tradicionais achavam que seria o ideal, ou seja, a correspondência exata entre o delinquente e a pena.<sup>33</sup>

Porém, alguns teóricos que analisando dados de reincidência e elevadas taxas de violência, perceberam que havia uma discrepância e algo questionável nesta medida. A partir dessa percepção, surgiram novos experimentos no campo penal e alguns princípios que regeriam este modelo teórico. Dessa maneira, são citados como atos a

---

<sup>30</sup>Revista Veja em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/prisoas-nas-blitze-da-lei-seca-crescem-240-em-sp>. Acesso em Fevereiro de 2013.

<sup>31</sup>NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.395.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup>Idem.

engendrar o abolicionismo: a) o abolicionismo acadêmico que seria a reconstrução de definições e linguagem, a evitar a construção de reposta punitiva para situações-problema, b) enfoque maior a vítima do que a punição do acusado, isto é, seria mais adequado ressarcir a vítima do que construir mais presídios, c) luta contra a segregação social, d) legalizar as drogas ilícitas, e) estabelecer metas e organizar recursos para melhorias em esferas mais baixas para depois renovar as mais altas camadas de um Estado, começaria com pequenas vilas e iria expandindo para as grandes cidades.<sup>34</sup>

Mesmo que suas proposições são muito favoráveis e benéficas e realmente traria mudanças radicais à estrutura social e conseqüentemente melhorias na segurança, não há como não classificá-la como utópica. Entretanto, traz à luz, aos acadêmicos e operadores do direito, reflexões diversas das codificadas e pré-estabelecidas em manuais. Luigi Ferrajoli decorre sobre o tema afirmando:

O abolicionismo penal- independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários- configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal- com seu complexo, difícil e precário sistema de garantias- que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista.<sup>35</sup>

Não sendo a melhor solução por hora, na sociedade brasileira, buscou-se então uma alternativa que fosse um meio termo entre a anteriormente citada do penal máximo e a abolicionista. Segue então a descrição deste modelo que atualmente seria o mais adequado, pois se busca um equilíbrio e ao mesmo tempo tenta combater as mazelas sociais.

## 5. DIREITO PENAL MÍNIMO

De acordo com o Guilherme de Souza Nucci, “Trata-se de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, típico do Estado Democrático de

---

<sup>34</sup>NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.395.

<sup>35</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**.Trad. Ana PaulaZummer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo:RT,2002, p.275. In: NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.395-397.

Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.”<sup>36</sup>

As características dessa concepção podem ser enumeradas da seguinte forma: a) não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*), b) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), c) não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*) d) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*)<sup>37</sup> entre outras, porém as citadas são as principais e mais determinantes.

Este modelo tem como objetivo a descriminalização, a despenalização e a intervenção mínima baseada no princípio geral do Direito Penal da fragmentariedade. O princípio se relaciona com a ideia do Direito Penal ser a *ultima ratio* ou última instância, isto é, ele somente seria requerido e usado como fonte da solução de um problema social quando a situação está de tal maneira que não há outra saída ou já se esgotaram todas as outras formas.<sup>38</sup>

O objetivo maior do Direito Penal seria a de garantir a convivência pacífica entre os cidadãos de uma sociedade, como foi pensado por muitos contratualistas nos tempos do Iluminismo. Cita-se principalmente Rousseau, ao propor que o contrato social seria o meio de limitar as liberdades dos indivíduos a fim de manter a paz do Estado natural e com isso, as punições veriam como formas de privar as pessoas de burlar o contrato.<sup>39</sup> Assim, pode-se afirmar que o Direito Penal somente é utilizado em ocasiões restritas, quando, por exemplo, a paz e a segurança puderem ser garantidas por outros meios que não o da esfera penal. Logo, em um Estado de bem-estar social e com políticas públicas efetivas o Direito Penal cumpriria um papel mais residual.

Isso tudo é explicado em linhas gerais por Claus Roxin, que contribui em muito com suas reflexões sobre políticas criminais:

---

<sup>36</sup> NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.397.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**.Trad. Ana PaulaZimmer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo:RT,2002, p74-75. In: NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.395-397.

<sup>38</sup> NUCCI,Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral:parte especial**.-8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012, p.397.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**; tradução: Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002, p.1.

O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista do contrato social [...] Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.<sup>40</sup>

Desse modo, conclui-se que o modelo mais benéfico para a sociedade e o que está em conformidade com as bases de um Estado Democrático de Direito seria o do Direito Penal Mínimo ou do Garantismo penal. Assim, para demonstrar que no meio jurídico muitos já o utilizam como fonte e preceito fundamental, será, logo mais, apresentado um exemplo na jurisprudência da aplicação de princípios que são regidos por esse modelo penal. Entretanto, essa tendência não é seguida pelo outro poder estatal, o Executivo, pois foram questionados momentos anteriores neste artigo, o descaso com os problemas sociais e as adversidades das políticas criminais usadas por diversos dirigentes na política.

Atualmente, considera-se como solução, para esse impasse social que o Brasil enfrenta por longa data, uma união ou um planejamento interativo entre os poderes do Estado, pois não é interessante para um país em ascensão que tenha um conflito de ideias entre os poderes, já que não tem cabimento haver um Judiciário humanitário e avançado e um poder Executivo e Legislativo atrasado.

## **6. JURISPRUDÊNCIA BASEADA NO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MINÍMA E FUNDAMENTADA NO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Foi analisado para exemplificação jurisprudencial o *HABEAS CORPUS N° 241.536 - RJ (2012/0091419-7)* do STJ que se trata de uma ação penal de tentativa de furto de um brinquedo avaliado em setenta reais. Foi utilizado como argumento em defesa do réu o princípio da insignificância e também a aplicação de atipicidade material da conduta, além disso, foi reconhecida a evidência da possibilidade de um constrangimento ilegal.

Abaixo, a descrição de como foi aplicado os princípio de maneira a utilização do Direito Penal como instrumento de melhoria e prevenção do Estado sem, no entanto, restringir direitos e evitar injustiças ou mesmo uma intensificação de problemas sociais;

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.33.



Conforme entendimento jurisprudencial, o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público (HC n.84.412-0/SP, Ministro Celso de Mello, STF, DJ 19/11/2004).<sup>41</sup>

O *habeas corpus* foi concedido ao paciente e para o presente trabalho foi fornecido uma confirmação jurisprudencial para o objetivo do artigo que era analisar os diversos modelos teóricos do direito penal e encontrar uma resposta adequada ao problema da criminalidade.

## CONCLUSÃO

Com o atual quadro de violência, observa-se que é necessária uma mudança brusca de atitude a fim de se enxergar melhorias na qualidade de vida da população, especialmente no caso brasileiro que convive com essa situação por um tempo que parece muito longo. No entanto, sendo um país em desenvolvimento e com grandes oportunidades de crescimento tanto econômico como social é salutar também que haja renovações e transformações em antigos índices de violência que são notados nas grandes cidades brasileiras. Para tanto, é sabido que se tem o Direito Penal como ferramenta, porém é indispensável que se façam algumas ressalvas e restrições ao seu uso demasiado.

Observou-se no decorrer do artigo que há e houve um destaque maior a intervenção punitiva em comparação a outras formas de controle social no combate à criminalidade e percebeu-se que há uma necessidade de harmonizar os meios punitivos ou até mesmo alcançar novos patamares de evolução nesse domínio. Portanto, visa-se

---

<sup>41</sup> Decisão em Documento: 1155726 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/06/2012. Acessado pelo site <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22210135/habeas-corpus-hc-169029-rs-2010-0066670-2-stj> em janeiro de 2013.

percorrer um movimento de atualização dessas ferramentas que são utilizadas com esse viés.<sup>42</sup>

E é nesse momento de busca pela “atualização” dos instrumentos que merece destaque a ciência da política criminal, “ a qual oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, é a ponte eficaz entre o direito penal-enquanto ciência axiológica, dedutiva”<sup>43</sup>

“O direito penal é a barreira intransponível da política criminal”<sup>44</sup> - com essa frase de Franz v. Liszt, demonstra-se a contradição em que o direito penal se encontra, já que em um momento o direito penal se apresenta como ciência social e, de outro, como ciência jurídica. Neste aspecto duplo com tendências contrapostas serão sempre vislumbradas políticas que uma hora destinam-se ao combate à criminalidade, e outra hora uma arma jurídica que compete a função garantística do Estado Democrático de Direito.<sup>45</sup>

Com isso afirmado, reportam-se aos dois modelos que foram longamente discutidos neste artigo, isto é, as causas e conseqüências das concepções de direito penal máximo e mínimo a fim de ser encontrar a melhor solução ou rever suas benfeitorias.

Após chegar a essa conclusão, a pergunta mais crucial surge, e no futuro? qual poderia ser o destino desta ciência?, pois como toda ciência humana, o direito penal sofre mudanças em seus conceitos. Dessa forma, utiliza-se da expressão de Claus Roxin “Tem futuro o direito penal?”<sup>46</sup>

A sua total aniquilação é algo utópico e impossível de se pensar nos tempos atuais e talvez pelos próximos anos, mas sua gradativa suavização nas penas e as substituições das penas mais rigorosas, a privativa de liberdade, por outras, é algo mais próximo de nossa realidade e uma ação mais alcançável de ser posta em prática.

## REFERÊNCIAS:

---

<sup>42</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.32.

<sup>43</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.363.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**; tradução: Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002, p.1.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**; tradução: Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002, p.3.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**, tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1.

**Acórdão** - decisão em documento: 1155726 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/06/2012.<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22210135/habeas-corpus-hc-169029-rs-2010-0066670-2-stj>. Acesso em janeiro de 2013.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**; tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Gevan de Carvalho. **Modernos movimentos de política criminal: e seus reflexos na Legislação brasileira**. 2ª edição. Rio Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BELLI, Benoni. **Tolerância zero e Democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

DE CARVALHO, Thiago Fabres. **O “Direito Penal do Inimigo” e o “Direito Penal do homo sacer da baixada”**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, v.25, abril-junho, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zimmer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª ed, corr. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n.67, ago 2009. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541).

Acesso em janeiro de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral; parte especial**. - 8.ed.rev.atual e ampl.-São Paulo: Editora Revisata dos Tribunais, 2012.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Máximo e o controle social** em notícia <http://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/direito-penal-maximo-e-o-controle-social-jose-carlos-de-oliveira-robaldo> Acesso em Janeiro de 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**; tradução: Luís Greco. Rio Janeiro: Renovar, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**Revista Veja** em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/prisoas-nas-blitze-da-lei-seca-crescem-240-em-sp>. Acesso em Fevereiro de 2013.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.