

REFLEXO LEGAL E SOCIAL DA PENALIZAÇÃO DE CONDUTAS: INFLACIONISMO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

REFLEX LEGAL AND SOCIAL BEHAVIOUR OF PENALTY: INFLATIONISM PENAL LAW AS DEMOCRAC

Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres¹
Cezar Jorge de Souza Cabral²

RESUMO

No campo da ciência penal brasileira, temos um sistema extremamente punitivo e porque não dizer cruel, e vem sendo a cada dia asseverado pelas mídias nacionais, onde a cada dia estamos reduzindo as liberdades individuais em favor da suposta segurança pública. Essa problemática surge principalmente em anos eleitorais, surgem propostas de toda natureza no congresso nacional, procurando criminalizar cada vez mais o agir humano. Essa orgia legislativa penal teve início lá nos anos 90, e até a presente data não temos nenhuma sinalização de que, esse ímpeto punitivo do Estado vai ser refreado, e por consequência quem perde é o próprio Estado, pois, temos um aumento substancial da população carcerária e a irreparabilidade dos danos sociais decorrentes das prisões injustificadas.

Palavras-Chave: Punição. Congresso Nacional. Danos Sociais

ABSTRACT

In the field of Brazilian criminal science, we have an extremely punitive system and why not say cruel, and has been every day asserted by the national media, where every day we are reducing individual freedoms in favor of the supposed public safety. This problem arises especially in election years, proposals of all kinds in the national Congress, seeking to criminalize increasingly human activity. This criminal legislative orgy began there in 90 years, and to date we have no signs that this punitive momentum of state will be curbed, and

¹ Aluno do Programa de Mestrado da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Bolsista CAPES; Pesquisador do Grupo de pesquisas em Educação e Direitos Humanos da UFPB.

² Mestre em Ciencias Juridicas pela UNIBE Universidad Iberoamericana del Paraguay

therefore the loser is the state itself, because we have a substantial increase in population prison and irreparable social damage from unjustified arrests.

Key words: Punishment. National Congress. Social damage.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal no Brasil passa por uma crise inflacionária grave, existe atualmente uma propaganda extensiva nas mídias, de que estamos vivendo sob a ordem da criminalidade, e esse processo de pânico na sociedade, conduz o legislador, a tomar posturas que temerariamente de recrudescimento de tipos penais e criação de novos tipos penais, desrespeitando princípios e garantias do cidadão, positivadas em Constituições pós modernas. Princípios basilares penais; legalidade; lesividade; e intervenção mínima, tríade que alicerça as garantias de que o equilíbrio no direito penal tem que ser utilizado, não como ferramenta de controle social, mas como *ultima ratio* na solução dos conflitos sociais, e por consequência temos um excesso de prisões cautelares decretadas em vários momentos, apenas com a finalidade precípua de satisfazer o desejo de vingança do Estado. Sob a ótica de defesa do Estado e do cidadão, o Estado insurge-se com a sua principal forma de tolher a liberdade, que é a flagrância que a *posteriori* é modificada para alguma das espécies de prisões temporárias: prisão decorrente da pronuncia, prisão decorrente de sentença recorrível e prisão temporária. Tais prisões preventivas emergem sob a égide da manutenção da ordem pública, ordem econômica, a garantia da instrução criminal e a efetividade da lei penal. O Brasil com o uso deste instrumento de encarceramento, traz enormes prejuízos a sociedade e muitas vezes a irreparabilidade da medida injustificada leva o cidadão a um dano moral irreparável.

Este é um tema incômodo para todos e que lamentavelmente ainda não tem o clamor social necessário para as urgentes transformações que precisamos, o que podemos creditar ao sentimento de perplexidade das pessoas em relação à violência crescente em todo Brasil e de indignação com a deficiência de diversos outros serviços públicos, como saúde, transporte e educação.

A pobreza, nesse caso, caracteriza-se não apenas pela falta de acesso à riqueza produzida, mas por uma carência igualmente profunda de educação, saúde, saneamento básico, habitação digna, recursos tecnológicos, etc.

Será a violência algo pertencente a uma classe própria do fenômeno urbano? Ou é a materialização de um estado que começa com a sociedade altamente segregada do espaço urbano, passa pela pobreza e termina na agressão a sociedade e por consequência ao cidadão individualmente. Isto posto, podemos afirmar que, existe uma violência da pobreza, e que tem sua origem na marginalidade, daqueles que são bestializados pela sociedade. Este tipo de violência não é apenas uma ficção, trata-se do resultado da relação direta da existente entre as classes dominantes e as classes menos favorecidas, e estas últimas são formadas por negros, pardos e semi-alfabetizados.

A “violência urbana” nos remete o olhar às cidades, notadamente aquelas mais densas em que a criminalidade está de tal forma enraizada que interfere na sua morfologia e na “cultura urbana” derivada dela. Neste sentido, qualquer cidade sul-americana poderia ser utilizada para que as ilações entre estes fenômenos urbanos fossem feitas, visto que todas apresentam uma estrutura urbana segregada socialmente e fragmentada espacialmente. Diante da imagem de uma desigual repartição do acesso aos recursos e às oportunidades sociais dentro da realidade brasileira, faz-se imprescindível e urgente a observação da aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, destacando dentre estas as penas privativas de liberdade, como fator essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Assim, torna-se crucial uma análise apurada de variáveis dos perfis sociais dos entrantes do sistema prisional, que sejam provisoriamente ou definitivamente, tendo assim uma perspectiva de que, o sistema penal, esta sendo utilizado como uma ferramenta de controle social e quando passa a exercer de maneira seletiva os “seus clientes”, outro sim, entender o da mesma sorte o fenômeno da reincidência destes.

Estamos diariamente nos deparando em todas as mídias, com os mais diversos casos de decretações de prisões preventivas pelos juízes singulares e das suas revogações pelos tribunais, sem a necessidade de surgimento de novos fatos, que venham a gerar modificações nas relações fáticas daqueles crimes. Tais fatos por si, já justificam a escolha do tema, porém a escolha da temática deve-se ao sentimento de impotência em entender a verdadeira motivação das instâncias inferiores do Judiciário em conceder a condição de

liberdade àqueles que tiveram decretadas cautelares restritivas de liberdade, sob justificativas genéricas de que a “ordem pública” e/ou a “garantia da execução penal deve ser mantida”.

A importância do tema revela-se no que tange fato de que as prisões preventivas representam a restrição do cidadão *anti iudicium*, em detrimento dos princípios da inocência e do devido processo legal, e que deveria ser uma medida excepcionalíssima quando não o é, representando apenas uma falsa prestação jurisdicional do Estado em relação à punibilidade.

Nas prisões cautelares percebemos que estão destinadas para um determinado perfil, e que tal restrição temporária da liberdade, interessa muito mais a um determinado grupo social, do que para a própria política de segurança pública, esquecendo-se da causa da criminalidade representada pela exclusão social no seu sentido lato.

A metodologia aplicada no presente estudo é a lógico-dedutiva, contendo em si a coerência e coesão na busca do derradeiro objetivo representado na identificação sujeito objeto do estudo, seus direitos e debates legais sobre garantias deste, sendo realizada uma análise reflexiva para o aprofundamento do estudo.

1. CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Para podermos ter a real noção do que deve ser tutelado pelo Direito Penal, devemos definir o que é *Bem Jurídico*, que é de conceituação complexa, amplo e possuidor de múltiplos significados. Para o Direito Penal, o Bem Jurídico não será protegido de maneira açodada e/ou aleatória, deve-se restringir aos bens jurídicos mais relevantes aos ataques mais gravosos e fundamentais ao conviver do Homem em sociedade.

“Bem jurídico na definição de Hungria, é: “é tudo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade)”, para Arturo Rocco o Bem Jurídico se define assim:” ‘Bem’ ou ‘interesse jurídico penalmente protegido’ é o que dispõe da reforçada tutela penal (*vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional etc.*)”. Segundo a definição de Zaffaroni (2002, p. 462) “Bem Jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de

um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Diante de tantas definições de Bem Jurídico, percebe-se que, o legislador infraconstitucional, quando em sua atividade legislativa de criar novos tipos penais, deve ponderar sobre quais bens jurídicos formais e materiais, vão passar a ser tutelados pelo Direito Penal, e a esse entendimento exige-se minimamente destes a coerência dos bens jurídicos consagrados na Carta Magna.

O fato é que, no Brasil vive entre o paradoxo, de uma legislação penal inflacionada e uma legislação executiva penal ajustada e avançada. De modo à criminalizar cada vez mais a ação do humana. Desta feita, passa a ferir os princípios constitucionais, de maneira invasiva, desigual e abusiva. Esse processo brasileiro inflacionário do penalismo banal³, que retira do cidadão a qualidade se pessoa e passa a tratar-lo como um simples objeto do próprio direito. Essa maximização do penalismo formal traz em si, a bestialização dos grupos sociais mais frágeis, tornando os que foram abandonados pelo próprio Estado, na posição de *personas non gratas pelo próprio Estado*. Neste ponto, Marilena Chauí em artigo escrito em 1986, mostra o quanto esta atualizado, a perspectiva de que cada vez mais, os menos favorecidos são “bestializados” pelo Estado de Direito e pela Legislação Penal, nos diz que:

Aqui, os miseráveis que ainda não morreram de inanição assaltam e matam os pobres. Aqui, uma classe média, estupefata com a perda de vantagens econômicas que a compensavam da falta de poder político, faz justiça com as próprias mãos, armando-se para proteger os resíduos de seu passado recente. Aqui, o assassino do operário Santo Dias foi absolvido por um tribunal e os assassinos de Margarida Alves perseguem sua advogada. Aqui, um Procurador da Estado é visto assassinando a socos e pontapés um menino negro que roubara uma correntinha de ouro, enquanto logo adiante um grupo de engravatados com pastinha 007 tenta linchar um desempregado que assaltou uma moça. Aqui, um general da República agride um jornalista e o força a desculpas públicas, após definir ‘medida de emergência’ como providência democrática porque ‘democracia é respeito à lei’.⁴

³ Uso aqui o neologismo, para tentar demonstrar o quanto a inflação penal esta, arraigada em nosso dia-a-dia, sendo influenciada de forma dramática pelos meios de comunicação.

⁴ CHAUÍ, Marilena (1986, p 93-94, apud. MACHADO, p. 444): Violência Urbana: Uma Reflexão Sob A Ótica Do Direito Penal, Op. cit.

Esse caminho que o constituinte derivado esta percorrendo, é do Direito Penal *Law and Order* (modelo Americano) ou mesmo do Direito Penal do Inimigo (Günther Jakobs), em detrimento das garantias fundamentais e constitucionais da pessoa humana.

2. POLÍTICA CRIMINAL: A PERDA DA REFERÊNCIA

A legislação Penal e o Sistema Penal brasileiro estão perdendo o “foco”, experienciando uma verdadeira crise processual e executiva das penas. O legislativo atabalhoadamente e com o afã de conseguir resolver a criminalidade, procura resolver apenas a “ponta do iceberg”, aumentando exaustivamente os tipos penais, para tutelar os bens jurídicos pouco importantes do conviver em sociedade.

Este conviver é o contraponto ao estado de exceção das prisões cautelares. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, que realizou uma importante alteração em nosso Código de Processo Penal, especificamente no tocante as Prisões Cautelares, a nova Lei de Prisões. Porém o incremento da referida norma Processual Penal, reforça apenas o modelo existente de política criminal que, criminaliza os pobres com a ausência do Estado econômico/social e fazendo surgir o leviatã do Estado Policial/Penitenciário no domínio da segurança total. deste modelo de Estado *neoliberal* implantado no Brasil. .

Portanto o que percebemos é que são ciclos, com o tratamento das *misérias sociais*, e os ciclos eleitorais associados ao pânico midiático reforçado por toda a imprensa, isto tudo a despeito das enormes disparidades e vertiginosas sociais existentes em todas as cidades brasileiras, que assim alimentam exponencialmente a violência criminal, que é o grande flagelo das nossas cidades. Insegurança institucionalizada no Brasil, fez surgir o Estado Policial/Penitenciário. Que apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem com a ilusão de que o encarceramento prévio ou cautelar é a forma de controle social.

Com a crise do cárcere preventivo, que é decorrente de uma legislação penal e processual penal, extremamente cruel e penalizante *ante iudicium* encontra-se de sobremaneira disposto em nossa realidade, e vidas são perdidas. As prisões cautelares são

oriundas de um Estado policalesco, e que é uma pena processual em que desvirtua os princípios Constitucionais e a finalidade retributiva da pena. O estudo hermenêutico jurídico da prisão preventiva sob a ótica do garantismo penal e conforme os fundamentos da Teoria Crítica do Direito, nos que permite interpretar, que o ordenamento jurídico processual penal não pode surgir como forma de dominação do Estado, e este não podem ser o vingador prévio da sociedade.

O que verificamos é uma verdadeira clivagem social, onde apenas os *bestializados sociais* é que ficam recolhidos preventivamente. Joaquim Nabuco⁵:

O abolicionismo, porém, não é só isso e não se contenta com ser o advogado Ex officio da porção da raça negra ainda escravizada; não reduz a sua missão a promover e conseguir -no mais breve espaço possível - o resgate dos escravos e dos ingênuos. Essa obra – de reparação, vergonha ou arrependimento, como a queiram chamar - da emancipação dos atuais escravos e seus filhos é apenas a tarefa imediata do abolicionismo. Além dessa, há outra maior, a do futuro: a de apagar todos os efeitos de um regime que, há três séculos, é uma escola de desmoralização e inércia, de servilismo e irresponsabilidade para a casta dos senhores, e que fez do Brasil o Paraguai da escravidão.

Quando mesmo a emancipação total fosse decretada amanhã, a liquidação desse regime só daria lugar a uma série infinita de questões, que só poderiam ser resolvidas de acordo com os interesses vitais do país pelo mesmo espírito de justiça e humanidade que dá vida ao abolicionismo. Depois que os últimos escravos houverem sido arrancados ao poder sinistro que representa para a raça negra a maldição da cor, será ainda preciso desbastar, por meio de uma educação viril e séria, a lenta estratificação de trezentos anos de cativeiro, isto é, de despotismo, superstição e ignorância. O processo natural pelo qual a escravidão fossilizou nos seus moldes a exuberante vitalidade do nosso povo durante todo o período de crescimento, e enquanto a nação não tiver consciência de que lhe é indispensável adaptar à liberdade cada um dos aparelhos do seu organismo de que a escravidão se apropriou, a obra desta irá por diante, mesmo quando não haja mais escravos.

Percebamos que, o modelo segregatório passados quatrocentos anos persiste, porém o novo cativeiro apenas transmutou de nome, e que homens e mulheres ainda são tratados como *res*, porém não uma *res* do particular, agora como um objeto do Estado, que pune. O nosso legislador derivado vem recrudescendo o nosso Direito Penal , sem a efetividade dos demais ramos do Direito, econômico, social e cultural, os direitos civis e

⁵ NABUCO, Joaquim, **O Abolicionismo**, São Paulo : Publifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo).

políticos restam mitigados, assim desta feita não temos mais como falar em liberdade sem a justiça social.

O Brasil esta adotando paulatinamente a incompatibilidade do princípio da presunção de inocência, pelo princípio de que todos são culpados até o trânsito em julgado da sentença, e tal ferramenta criadora da diáspora social é o Direito Penal do Inimigo, que vai até na contra mão da nossa clausula pétrea constante no artigo 60, §4º, IV.

Esse “foco” que esta perdido na *estrada de tijolos amarelos*⁶, deve-se em grande parte, a influência da mídia, quando utiliza de todos os mecanismos sensacionalistas, e de maneira reiterada massifica a violência, alardeando o pânico na população em geral. A exemplos disso, temos uma legislação penal extravagante, batizada de ‘Lei dos Crimes Hediondos, surgiu logo após a nossa Constituição de 88, essa lei surgiu logo após o clamor da mídia, devido ao seqüestro do empresário paulista *Abílio Diniz*, em 1992, um homicídio deu asas a mídia (televisiva e escrita), caso *Daniela Perez* fez ferver na sociedade o sentimento de que, o culpado é culpado antes mesmo de ser devidamente julgado.

Com isso, o legislador legitimou formalmente a questão “*hedionizar*” crime de quase toda a natureza, então a lei dos crimes hediondos, passou a ser **lugar comum** em nosso ordenamento penal pátrio. Um simples beijo lascivo, e falsificação de cosméticos, são taxados, estigmatizados, punidos como sendo crimes *hediondos*. O que vem a ser um disparate legislativo, pois essa lei que surgiu com uma finalidade de tutelar relevantes bens jurídicos, passou de maneira indistinta a tutelar bens jurídicos menores.

Não posso deixar de falar da Lei 10.792 de 2003. Esta lei foi produto do interminável passeio do preso midiáticos “Fernandinho Beira-Mar”, diante da dificuldade do Estado em manter o criminoso isolado. Ocorre que os avanços benéficos trazidos por esta lei, especialmente no que toca às regras do interrogatório se chocam com os seus retrocessos. A criação do Regime Disciplinar Diferenciado inovação da Lei 10.792, foi mais uma aberração jurídica, sobejamente casuística e violadora de direitos do preso.

⁶ Neste ponto, faço uma alusão ao conto infantil do séc. XIX (1900), “O Maravilhoso Feiticeiro de Oz”, e a *estrada de tijolos amarelos*, é o caminho mais fácil que a personagem central Dorothy deveria fazer para chegar em casa, contudo no conto, esse caminho mostra-se bem complicado, tortuoso e cheio de perigos. Assim uso esta metáfora para mostrar o quão tortuoso, complicado e perigoso esta sendo essa enxurrada de novos tipos penais realizada pelos nossos congressistas.

Como se não bastasse, os recentes atentados ocorridos em São Paulo, perpetrados pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), em Maio e Julho do presente ano, deram azo para a mídia criar mais um preso dos holofotes: o “Marcola”. Afoito, o legislador, acuado pelas pressões dos meios de comunicação, rapidamente se movimentou. Projetos de lei sobre organizações criminosas foram desarquivados e até a presente data já tramita na câmara um famigerado projeto de lei prevendo um Regime Disciplinar Diferenciado de Segurança Máxima. Uma espécie de RDD ao extremo.

Existe até uma proposta de emenda constitucional apresentada pelo senador Magno Malta denominada de “PEC Liana Friendbach”. A proposta estabelece que qualquer menor que cometa crime envolvendo morte, latrocínio ou estupro perderá imediatamente a maioria penal para ser colocado à disposição da justiça como se fosse maior de idade.

3. PENALISMO DA PESSOA

Como o exposto, o Direito Penal Brasileiro dirige-se para o modelo de “*Law and Order*” (Lei e Ordem), uma criação oriunda dos Estados Unidos da América, mais precisamente de New York, a teoria do movimento *Law and Order* surge das idéias de Wilson e Kelling, e implementada definitivamente pelo prefeito daquela cidade a época, Rudolph Guiliani. A tese defendida por eles é: *Teoria das Vidraças Quebradas*, defendendo a repressão do Estado de modo severo e imediato, nos crimes considerados *Leves*, haja vista que a defesa da tese deles é que, os infratores dos crimes menores seriam o “espelho” para os infratores dos crimes de maior potencial ofensivo. Com uma punição severa dos pequenos delitos, o índice dos crimes de grande porte cairiam, haja vista o temor que tais condutas repressivas causariam nos delinquentes. A isso faço o destaque da afirmativa de Leonardo Sica:

o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, ‘sequestros-relampagos’, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em ‘cadeia nacional’, somados ao aumento da pobreza e à

concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.⁷

A *teoria das vidraças quebradas*, é levada em conta no nosso Direito Penal pátrio, quando lemos o art. 28 da Lei 11.343/06, lei essa que tentou *descriminalizar* a posse de *droga para fins de consumo*, mas apenas *despenalizou* a conduta típica da posse de droga para o consumo, ainda na mesma lei, o seu art. 33, que possui 19 núcleos de verbo, são 19 condutas típicas que vão apenar com a pena mínima de 5 anos de reclusão, quem praticar um desses núcleos. Desta feita o legislador procurou cercar, todas as possibilidades delitivas dos prováveis autores do fato. A isso Greco trata com grande propriedade:

o que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão somente descarcerizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário.⁸

O tráfico de drogas, já taxado como crime *hediondo* agora pune, com o mesmo rigor, levando o infrator a categoria de *inimigo da sociedade*, quer seja o delinqüente um excluído social ou um grande traficante dos morros cariocas ou nas grandes favelas das regiões metropolitanas⁹. Essa atitude causa medo ou serve de *espelho* aos grandes traficantes?

A lesão corporal, foi recrudescida com o advento da Lei 11.340/06 (*Lei Maria da Penha*), contudo existiu uma exclusão proposital de um dos gêneros, a lei que formalmente é apresentada como sendo “a salvadora dos lares”, passa a tratar homens e mulheres de forma diferente, o gênero masculino nessa Lei é o *único e exclusivo agressor*, sujeito ativo do tipo penal, e o gênero feminino é a *única e exclusiva vítima*, sujeito passivo do tipo penal. Afirmando que, materialmente essa lei penal extravagante é inconstitucional.¹⁰ Lei essa que surgiu de uma outra comoção nacional, que chegou até a comissão *Interamericana de Direitos Humanos*, que por decorrência de tratados internacionais que o Brasil é signatário, teve que criar medidas que refreassem a violência doméstica em solo pátrio.

⁷ SICA, Leonardo (p. 54, apud. GRECO, 2010, p. 13):Direito penal de emergência e alternativa à prisão.

⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Vol I. 12ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010, p 50.

⁹ Na prática percebo uma grande quantidade de processos penais, instaurados no TJPE onde a *sociedade* vai processar a pessoa do delinqüente, que encontrava-se em primeiro lugar na situação de risco, por ser adicto a droga, para sustentar o vício, passa a “vender” pequenas porções de droga, com a finalidade de manter o vício, e ficam trancafiadas por meses a fio, sem direito a liberdade provisória, recolhidas nos centros de detenção que são na realidade um depósito de pessoas de segunda classe.

¹⁰ Inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo de um ato jurídico se encontra em desarcoordo com os princípios constitucionais positivados na Constituição, tornando-o assim de validade nula no ordenamento jurídico pátrio, nulidade que pode ser total ou parcial, e os efeitos de tal nulidade podem ser *ex-tunc* ou *ex-nunc*.

O caso que gerou a *Lei Maria da Penha*, poderia ser resolvido com os tipos penais já existentes, haja vista que as penas para *Lesão Corporal* art. 129 e §§, trata com propriedade o caso, e em se tratando de uma violência maior, temos o *Homicídio* art. 121 e seus §§ (tentativa), que vai tutelar o caso em espécie. Recrudescer a pena de lesão corporal, ou modificar o poder de ação publica condicionada, para ação publica incondicionada, não resolve o problema da violência domestica.

E em contra ponto a *Lei Maria da Penha*, temos a *Lei 9.099/95* que, vai tratar dos crimes de menor potencial ofensivo. São as *contravenções penais* e os *crimes* cuja pena máxima prevista em lei não seja superior a um ano. São eles: a) contravenção penal: *vias de fato* (agressão física sem causar lesão), pena de prisão simples de 15 dias a 3 meses; b) crimes: *ameaça*, pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa; *lesão corporal leve*, pena de detenção de 3 meses a 1 ano .

A lesão corporal praticada por pessoas do mesmo sexo, é de menor importância do que a lesão corporal praticada entre casais na convivência do lar? Na lesão corporal entre pessoas do mesmo sexo, permite a retratação por parte da vítima e pode ser processada por meio da *Transação Penal*, art. 61 *Lei 9.099/95* diz o seguinte: “*Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*”. Qual a diferença do bem jurídico tutelado nesses dois casos? Nenhuma. A *Lei Maria da Penha*, alterou o § 9º art. 129 do CP, que passou a ter a seguinte redação:

Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Em casos de violência, domestica não se aplicam os institutos despenalizadores da composição civil, da transação e da suspensão condicional do processo. Dois pesos e duas medidas para o mesmo fato. As questões são sem dúvida polêmicas e somente o tempo dirá como serão solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência. Reconhecer-se-á a inconstitucionalidade total ou parcial do art. 41 da *Lei 11.340/06*? Será ele aplicado normalmente sem maiores questionamentos? Só mesmo o tempo trará respostas.

Robson Vargas, eminente advogado criminalista descreve assim a situação:

A mídia esta apresentado para sociedade com um discurso eminentemente emocional e despromocional, pois visa ser vendido com certa facilidade e a um custo muito baixo, o direito penal longe está de parecer como remédio para a violência e criminalidade, como querem fazer crer alguns membros do Estado, instituição que na verdade não passa de uma grande marionete nas mãos da mídia, que sem o mínimo de ética dita condutas e tudo domina.¹¹

Falta o *bom senso* ao legislador, quando este se arvora de paladino diante as pressões da mídia e da oportunidade eleitoreira, de manter-se no poder com a edição de leis penais extravagantes, com a finalidade precípua de aplacar a opinião publica, e não de tutelar na realidade o poder punitivo do Estado frente ao particular, e assim, de modo acachapante e reiteradamente ferindo os princípios Constitucionais Penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o crescente avanço da criminalidade e o aumento da sensação de insegurança, tem aumentado o clamor social por uma justiça célere, e rígida, que puna de modo mais rigoroso e eficaz os cidadãos que de algum modo tenham transgredido a ordem legal estabelecida.

Tal desejo, oriundo do aumento da violência vem ocasionando inúmeros despautérios legais, levando juízes a determinarem prisões preventivas e conceder a manutenção destas, sem que haja observância dos requisitos legais, causando prejuízos diversos ao ordenamento jurídico e violentando direitos fundamentais das pessoas que de algum modo se encontram em situação de suspeita no condizente à pratica de alguma delito.

Os operadores do direito devem sim estar atentos aos anseios sociais, mas não podem se deixar levar por estes e tão pouco os legisladores com sede de justiça, cabe observar as reais necessidades e encontrar os mecanismos capazes de atender às expectativas da sociedade sem frustrar a legalidade das decisões, buscando evitar a violação de princípios constitucionais sob o titulo e pretexto de uma justiça célere e eficaz.

O legislador que é o responsável pela tipificação punitiva, deve orientar-se pautar pelo direitos fundamentais ratificados na Carta Magna, que vão resguardar as liberdades fundamentais dos homens e da própria sociedade, em razão do Poder punitivo do Estado.

¹¹ VARGAS, Robson. **A Mídia e o Direito Penal do Inimigo.**

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ridendo Castigat Moraes, eBook, 2001.

GOMES, Luiz Flavio. **Mídia e Direito Penal**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br>.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 12ª Ed., Vol I, RJ, Impetus, 2010.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio**, 5ª Ed. RJ, Impetus, 2010.

LUIZI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**, 2ª Ed. Aumentada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Violência Urbana: Uma Reflexão Sob a Ótica do Direito Penal**. Disponível em: <http://www.fdc.br>.

MASCARANHAS, Oacir Silva. **Mídia: a Nova “legisladora Penal”**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/>.

NABUCO, Joaquim. **O Abolicionismo**, São Paulo : Publifolha, 2000. (Grandes nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo)

PINHO, Ana Cláudia B. de. **Em busca de um Direito Penal Mínimo e de uma Redefinição de Papel para o Ministério Público**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, SP, ano 8, n.95, 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2005.

SABIÁ ,Glerger. **Entre a Constituição e a Mídia: As Amarras do Direito Penal**. Disponível em: <http://www.urca.br> .

SANCHEZ, Cláudio José Palma. **Perspectivas dos Princípios Constitucionais no Campo Penal**. Disponível em: <http://professoraliza.spaces.live.com> .

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes. **A mídia e sua influência no Sistema Penal**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br>.

VARGAS, Robson. **A Mídia e o Direito Penal do Inimigo**. Disponível em www.direitopenal.adv.br/artigos.aso?id=1369 Acesso em 24 jul.2016.