RODRIGO JOSE FUZIGER

AS FACES DE JANO: O SIMBOLISMO NO DIREITO PENAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientadora: Prof. Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

2014

RODRIGO JOSE FUZIGER

AS FACES DE JANO: O SIMBOLISMO NO DIREITO

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito penal, Criminologia e Medicina forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito penal

Orientadora: Prof. Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Nome: FUZIGER, Rodrigo Jose

Título: As faces de Jano: O simbolismo no Direito penal

Dissertação de mestrado apresentada
ao Departamento de Direito penal,
Criminologia e Medicina forense da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

APROVADO EM:

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR.: _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

PROF. DR.: _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

PROF. DR.: _____ INSTITUIÇÃO: _____

JULGAMENTO: _____ ASSINATURA: _____

*A Othon Maldos: norte e exemplo,
humano símbolo da virtude.*

Agradecimentos

À minha orientadora, Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, pela qual minha imensa gratidão só é suplantada por minha admiração, ao contemplar sua amabilidade com seus alunos e orientandos, seu apurado senso crítico, rigor técnico e entusiasmo pelo sacerdócio da docência.

Ao Professor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, por me agraciar com a enorme honra de compor minhas bancas de qualificação e de defesa de dissertação. Mais além, agradeço pela generosidade com que me recebeu em minha estância em Salamanca, onde tive o privilégio de com ele conviver e estimar o lado humano do autor de quem eu já admirava a obra, de substancial notoriedade e relevância para o Direito penal contemporâneo.

Ao Professor Sérgio Salomão Shecaira, por sua contribuição em minha banca de qualificação e defesa. Além disso, por sua participação – como meu professor na graduação – em minha trajetória que vai se construindo como penalista.

Aos meus pais, pelo esforço e apoio constante.

Aos meus familiares, dentre os quais menciono especialmente Zanete e Paulo, responsáveis diretos pelos êxitos que logrei alcançar.

Aos meus amigos de breve e longa data, distantes ou próximos, com menção especial para Anderson Ricardo Rodrigues, o primeiro, dentre os diletos, a desbravar as veredas da pós-graduação.

Aos meus colegas do Direito, destacando meu companheiro no mestrado, Patrick Lemos Cacicedo, cuja amizade foi uma das maiores conquistas nessa jornada.

Aos professores Alvino Augusto de Sá (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), Vladimir Pinheiro Safatle (Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo), Sérgio Adorno (Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de São Paulo), José Ramón Serrano-Piedecabras (Faculdade de Direito da Universidade de Toledo – Espanha), Ana Pérez Cepeda (Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – Espanha). Todos eles que, de diversas maneiras, contribuíram para o resultado deste trabalho.

Aos amigos do Centro de Estudios Brasileños da esplêndida Universidade de Salamanca, que me acolheram tão bem nesse aprazível pedaço de Brasil do outro lado do Atlântico.

Aos funcionários das seguintes Bibliotecas, “lares” onde passei boa parte de meus últimos anos: Florestan Fernandes (FFLCH-USP), IBCCRIM, Francisco de Vitória (USAL), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO

Esta pesquisa busca lançar bases para a caracterização do uso da linguagem simbólica dentro do Direito penal. Nesse sentido, estabelece-se uma divisão entre duas categorias: “Simbolismo no Direito penal” e “Direito penal simbólico”, sendo que a primeira diz respeito a todas as formas (intrínsecas, legítimas ou ilegítimas) de utilização de símbolos no Direito penal. Já a segunda categoria corresponde a uma parcela deturpada do uso de símbolos dentro do Direito penal, prejudicial a sua função e ilegítima perante seus princípios, o que acaba por gerar dois efeitos intoleráveis à dinâmica do Direito penal: sua inefetividade e sua seletividade. De início é elaborado um panorama do símbolo e suas implicações teóricas em diversas áreas do saber. Em um segundo momento, a temática do simbolismo é relacionada com o Direito penal, visando à construção de um conceito crítico de “Direito penal simbólico” apto a ser aplicado na realidade. Posteriormente, é esboçada uma análise da conjectura do Direito penal na contemporaneidade e como tal contexto deu gênese e fomenta o fenômeno do “Direito penal simbólico”. Por fim, uma série de propostas são estabelecidas com o objetivo de sanear o simbolismo no Direito penal de utilizações deturpadas do símbolo.

Palavras-chave: *Simbolismo no Direito penal; Direito penal simbólico; expressividade; instrumentalidade; efetividade; seletividade, política criminal.*

ABSTRACT

This research intends to investigate the use of simbolical language in the Criminal Law. In this sense, a division between two categories is made: the “Symbolism in the Criminal Law” and the “Symbolic Criminal Law”. The first is related to any kinds of uses of symbols inside the Criminal Law (even in the cases of negative utilizations). In other way, the second category corresponds specifically to a distorted portion of the use of symbols within the Criminal Law, damaging its correct function and going against its principles. This distortion generates two intolerable effects to the dynamic of Criminal Law: its ineffectiveness and its selectivity. In the beggining, this work will establish a theoretical analysis of the “symbol” in many differents areas of knowledge. After that, the symbolism will be related to the Criminal Law, in order to build a concept of “Symbolic Criminal Law” fit to be empirically applied. Subsequently, an analysis of the Criminal Law within the contemporary contexto will be sketched. Finally, some suggestion will be offered aiming the goal of cleansing the “Symbolism in the Criminal Law” of the misleading uses of symbols.

Keywords: *“Symbolism in criminal law”; “Symbolic Criminal Law”; expressiveness; instrumentality; effectiveness; selectivity; criminal policy.*

“DO RIGOR NA CIÊNCIA

Naquele Império, a Arte da Cartografia alcançou tal Perfeição que o mapa de uma única Província ocupava toda uma Cidade, e o mapa do Império, toda uma Província. Com o tempo, esses Mapas Desmesurados não foram satisfatórios e os Colégios de Cartógrafos levantaram um Mapa do Império, que tinha o tamanho do Império e coincidia pontualmente com ele. Menos Afeitas ao Estudo da Cartografia, as Gerações Seguintes entenderam que esse dilatado Mapa era Inútil e não sem Impiedade o entregaram às Inclemências do Sol e dos Invernos. Nos Desertos do Oeste perduram despedaçados Ruínas do Mapa, habitados por Animais e por Mendigos; em todo o País não há outra relíquia das Disciplinas Geográficas.

Suárez Miranda: *Viajes de Varones Prudentes*, livro quarto, cap. XLV, Lérida, 1658.”¹

¹ BORGES, Jorge Luis. Do rigor na Ciência. In: *O fazedor – Obras Completas*. Tradução de Josely Vianna Baptista. São Paulo: Globo, 1999, p. 245.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 - O SÍMBOLO	23
1.1 – Prelúdio	23
1.2 - Uma digressão ao signo.....	24
1.2.1 - Um impasse inicial: do sensível ao convencional	26
1.2.2 - A caracterização e a distinção do símbolo perante o signo	30
1.2.3 - Um panorama semiótico do símbolo	31
1.3 - “O símbolo dá o que pensar”	33
1.4 - O símbolo: definições em distintas áreas do saber	39
1.5 - A dicotomia entre instrumental e simbólico	43
1.5.1 - Um excursus ilustrativo: a homeostase dos riscos	44
1.5.2. - Referenciais simbólicos e instrumentais	45
1.6 - Um aparte terminológico: eficácia, eficiência e efetividade	49
2 - A DUALIDADE NOS PROCESSOS POLÍTICOS DE DECISÃO E LEGISLAÇÃO	52
2.1 - A desfiguração do conteúdo material da normas jurídicas	54
2.2 - Os sentidos internos à norma simbólica	57
2.3 - O mito político.....	59
2.4 - Murray Edelman e o uso simbólico da política	62
3. - A IMPRESCINDIBILIDADE DOS SÍMBOLOS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO	66
3.1 - Direito e Justiça	67
3.2 - O Direito como “violência simbólica”	70
3.3 - O simbolismo penal.....	72
3.3.1 - A interpretação simbólica da proibição nos tipos penais.....	74
3.3.2 - A perspectiva do símbolo na comunicação do poder sancionatório estatal à sociedade	77
3.3.2.1 - Pena e percepção social.....	81

3.3.3 - O Direito penal sob o prisma do “Interacionismo Simbólico”	84
3.3.4 - A deturpação do simbolismo no Direito penal	87
 4 - O CENÁRIO DA INSEGURANÇA EPIDÊMICA: A SOCIEDADE DE RISCO	 91
4.1 - Um aparte sobre os riscos	94
4.2 - Uma aproximação preliminar do risco ao símbolo.....	100
4.3 - O contexto da distorção dos símbolos no Direito penal	105
4.3.1 - O modelo prospectivo de Direito penal	120
4.3.2 - A criminalização de novas condutas e a desnaturalização do Direito penal	124
4.3.3 - A hiperinflação legislativa	132
4.3.4 - O movimento <i>law and order</i>	136
4.3.5 - A esquerda punitiva	142
 5 - A MÍDIA COMO VEÍCULO CATALISADOR DA INSEGURANÇA COLETIVA.....	 148
5.1 - Dissimulação e fetichismo: o comportamento da mídia face ao Direito penal	150
5.2 - “Verdade”, “neutralidade” e “imparcialidade”	153
5.3 - A influência midiática no “direito penal simbólico”	155
 6 - O “DIREITO PENAL SIMBÓLICO”	166
6.1 - Ponto de partida conceitual	170
6.1.1 - O Direito penal entre o instrumental e o simbólico.....	172
6.1.2 - A intencionalidade dos efeitos simbólicos.....	177
6.1.3 - Sobre as funções latentes e manifestas	180
6.2 - Elementos básicos do “Direito penal simbólico”	184
6.3 - O engano sobre o engano	185
6.4 - Prestígio e efetividade	188
6.5 - Modelos de “Direito penal simbólico”	191
6.5.1 - O modelo tricotômico de legislação simbólica	193
6.5.2 - O rol de formas de “Direito penal simbólico” de Winfried Hassemer.....	195

6.5.3 - O rol de formas de “Direito penal simbólico” de Díez Ripollés	199
6.6 - O conceito de “Direito penal simbólico”	213
7 – PONDERAÇÕES ACERCA DE TEMAS ORBITANTES AO	
“DIREITO PENAL SIMBÓLICO”	221
7.1 - A proteção de bens jurídicos como referencial	221
7.2 - Finalidades da pena e “Direito penal simbólico”	225
7.2.1 - A proeminência da prevenção geral positiva no “Direito penal simbólico”	233
7.2.1.1 - O Direito penal promocional	242
7.3 - Acerca da efetividade	250
7.3.1 - Motivação e efetividade dissuasória	257
7.3.2 - A impunidade e o “Direito penal simbólico”	261
7.3.3 - Sobre a seletividade	268
7.3.3.1 - A eleição de “bodes expiatórios”	284
7.4 - Elementos para o saneamento do simbolismo no Direito penal	289
CONCLUSÕES	301
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	305

INTRODUÇÃO

Pierre BORDIEU afirma que “os símbolos são instrumentos por excelência da integração social”². Nesse sentido, sua utilização adquire contornos expressivos dentro do Direito penal, este que é instrumento de controle social³ voltado à proteção subsidiária de bens jurídicos relevantes dentro da sociedade. Em seu sentido mais primário, o simbolismo dentro do Direito penal permite uma comunicação entre o detentor do poder punitivo (ou seja, o Estado por meio de seus representantes) e o corpo social.

Antes de aproximar de forma mais pormenorizada do cerne deste trabalho – que é da relação entre a temática do símbolo com o Direito penal – faz-se necessário trilhar um percurso sobre o próprio sentido do símbolo⁴, inicialmente em um escopo generalista que paulatinamente ganhará especificidade ao longo do trabalho, culminando no que significa o simbolismo no Direito penal, como conjunto de expressões simbólicas intrínsecas ou contingentes ao universo penal. Após isso, finalmente será estabelecido o sentido de símbolo dentro da expressão “Direito penal simbólico”⁵, que, por seu turno, receberá um conceito crítico, aplicável às manifestações do fenômeno na realidade.

O símbolo é uma espécie de signo que contém um excesso significativo implícito ao seu conteúdo literal. Tal caráter não explícito, ou seja, as intenções latentes, parecem aproximar a temática ao Direito penal, manifestamente no que concerne ao “Direito penal simbólico”.

² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 4ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. P. 10.

³ De acordo com Francisco MUÑOZ CONDE, o controle social é uma condição básica da vida social. Com ele se asseguram as expectativas de cumprimento das condutas e os interesses contidos nas normas que regem a convivência, confirmando-as e estabilizando-as contrafaticamente, em caso de sua inobservância, com a respectiva sanção imposta de uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, pois, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros.” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 36.

⁴ Para PEIRCE, “a trama de todo pensamento e de toda pesquisa são os símbolos, e que a vida do pensamento e da ciência é a vida inerente aos símbolos; assim, é errado dizer que uma boa linguagem é simplesmente importante para um bom pensamento, pois ela é a própria essência deste. A seguir, viria a consideração do valor cada vez maior da precisão do pensamento à medida que ele progride.” PEIRCE, Charles Sanders, *Semiótica*, cit., p. 39.

⁵ Acerca da carência de uma definição inequívoca e suficiente para o “Direito penal simbólico”, expõe Winfried HASSEMER que o próprio termo não tem sido objeto de estudo pela doutrina: não se encontrou um conceito preciso e apto de “simbólico” ou “legislação simbólica”. Existe um acordo global a respeito da direção na qual se busca o fenômeno do Direito simbólico: trata-se de uma oposição entre “realidade” e “aparência”, entre “manifesto” e “latente”, entre o “verdadeiramente querido” e o “diversamente aplicado”. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 28.

Os atos comunicativos estão usualmente dotados de carga simbólica. Em razão disto, observa-se uma tendência acentuada do uso intencional dos símbolos dentro do Direito penal, como forma de prover as ações, sobretudo dos legisladores, de legitimidade perante a sociedade.

Mesmo dentro do Direito penal, o símbolo é utilizado em diversos contextos. Dito isso, deve-se estabelecer em quais momentos e sob quais formas o simbolismo se torna pernicioso dentro do escopo penal. Há um componente simbólico inerente às normas sancionadoras. Logo, não há como conceber um Direito livre do símbolo, mas sim livre de sua utilização inadequada, que deturpa o Direito penal em relação a seus propósito.

A distorção do uso dos símbolos surge como uma questão de extrema pertinência, que ilustra o mau uso do Direito penal na atualidade, uma característica de sua tendência “expansionista”. Manuel CANCIO MELIÁ aponta duas características da emergência no Direito penal: uma delas, ao lado do ressurgimento do punitivismo, é justamente o “Direito penal simbólico”⁶. O Direito penal de emergência promove um sentimento coletivo de insegurança, que torna a sociedade mais suscetível a medidas populistas. Ao mesmo tempo, observa-se uma diminuição do receio relativo à ampliação do poder sancionador do Estado.⁷

Ao que parece, a gênese do que se batizou de “Direito penal simbólico” ocorre com atos (inseridos dentro do universo penal) que não preconizam uma função instrumental, ou seja, que não terão possibilidade de atingir o efeito prático a que se propõem e, por conseguinte, serão incapazes de alcançar o propósito que o legitima. Dessa carência inicial de instrumentalidade, decorre a inefetividade de tal ato.

Há então um desequilíbrio entre a função instrumental, colocada como secundária no uso desajustado dos símbolos, e a função expressiva, tipicamente simbólica. Alessandro BARATTA ressalta a espetacularização do Direito penal por meio dos símbolos, no sentido de que as normas são criadas para seduzir o público, aparentando efetividade, independente da viabilidade e da real efetividade.⁸ O jurista italiano observava que “na ‘política como

⁶ Cf. CANCIÓ MELIÁ, Manuel; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del Enemigo*. Madri: Civitas. 2003, p. 217.

⁷ “Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: ‘*pessima respublica, plurimae leges*’.” (tradução livre) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 2001, p. 17.

⁸ Há uma carência de eficácia material na função simbólica da pena. Ocorre uma lógica inversa ao famoso ditado

espetáculo’ as decisões são tomadas não tanto para modificar a realidade, senão tentando modificar a imagem da realidade nos espectadores.”⁹

É notória a afirmação de que “a hipocrisia é uma homenagem que o vício presta à virtude”. A ficção jurídica não é fictícia em seus efeitos. O Direito não é o que afirma ou crê ser: algo puro, autônomo. Mas o fato de crer e fazer crer que o é, contribui para a produção de efeitos sociais totalmente reais.¹⁰ Tal intenção dúbia é notável no “Direito penal simbólico”. Acerca dele, Winfried HASSEMER aponta que há “uma oposição entre realidade e aparência (...) entre o ‘verdadeiramente querido’ e o ‘diversamente aplicado’.”¹¹

Tal contradição marcante do “Direito penal simbólico” permite, na tentativa de ilustrar seu funcionamento, uma espécie de metalinguagem. Isso porque, por meio de um símbolo pode-se tentar mostrar como o simbolismo funciona dentro do Direito penal. Essa lógica justifica o título do trabalho: “As faces de Jano: O simbolismo no Direito penal”. Metaforicamente, por meio do mito de Jano, uma divindade da mitologia romana, pode-se exemplificar a forma de representação simbólica e, concomitantemente, ilustrar o fenômeno da utilização de um simbolismo nocivo no Direito penal.

a respeito da mulher de César: não basta a ela ser honesta, mas também ela deve parecer honesta... Ao passo que às normas, não basta parecerem efetivas, mas sim serem efetivas, ainda que não pareçam ser.

⁹ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução de Ana Lucia Sabadell. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, nº 5, janeiro/março de 1994, p. 22.

¹⁰ Cf. BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective. In: CHAZEL, François; COMMAILLE, Jacques. *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: LGDJ, 1991.

¹¹ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, cit., p. 28.

Representação de Jano

Jano é uma divindade romana representada com dois rostos, olhando em direções opostas. A “cabeça de Jano” simboliza dualismo e ambiguidade, o aspecto positivo e o negativo de uma ação ou objeto. “Como tudo que é orientado ao mesmo tempo para a direita e a esquerda, é um símbolo de totalização, de desejo de domínio geral. Tratam-se de dois rostos que impedem a percepção do verdadeiro (central).”¹² A impossibilidade de perceber o verdadeiro é o traço central da alusão feita a Jano no que concerne ao “Direito penal simbólico”, uma vez que este opera de forma a enviesar a realidade e, mais além disso, distorce até mesmo a função, propósito e possibilidades que são atinentes ao Direito penal.

As duas faces de Jano, “diametralmente contrárias”¹³, caracterizavam oposições, como o passado e o futuro, o abstrato e o concreto. A incoerência característica em Jano era reforçada pelas falas concomitantemente opostas de suas faces, que confundiam aqueles que as ouvissem. Novamente, vislumbra-se esta incongruência também no “Direito penal simbólico”, no qual a intenção implícita e explícita são divergentes, buscando engendrar uma falsa sensação de satisfação na sociedade.

A falácia do chamado “Direito penal simbólico” reside em grande medida na

¹² CIRLOT, Juan Eduardo. *Dicionário de símbolos*. Tradução de Rubens Eduardo Ferreira Frias. São Paulo: Moraes, 1984, p. 320. Cf. ainda, BIEDERMANN, Hans. *Dicionário ilustrado de símbolos*. Tradução de Glória Paschoal de Camargo. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

¹³ SCHMIDT, Joel. *Dicionário de mitologia grega e romana*. Lisboa: Edições 70, 1994. p. 159.

incapacidade de solucionar os problemas que supostamente enfrentam. Conforme destaca ZAFFARONI, uma das piores consequências do “Direito penal simbólico” é o abandono ou desestímulo da busca por soluções reais, optando-se pela repetição infundável “de um discurso que só traz tranquilidade através de uma solução ilusória.”¹⁴

O “Direito penal simbólico” é um fruto da dinâmica do Direito penal contemporâneo. Não é irrelevante a presença de um simbolismo nocivo em épocas anteriores, mas parece nunca haver existido um uso tão maciço de normas carentes de instrumentalidade e fartas de um conteúdo implícito, direcionadas à satisfação do corpo social. A razão disso será investigada ao longo do trabalho.

A referida contemporaneidade pode ser cronologicamente situada na segunda metade do século XX como o contexto em que ocorre essa distorção do símbolo no Direito penal, dentro do panorama da sociedade pós-industrial. Tal período foi denominado pelo sociólogo alemão Ülrich BECK de “Sociedade de Risco”¹⁵, em livro homônimo.

BECK fala em novas formas de riscos¹⁶. O risco de outrora era administrado individualmente, ao passo que hoje, seus limites não são bem definidos, em virtude, basicamente, de três razões: A universalidade dos problemas, os quais são difusos e não individualizáveis; a difícil delimitação temporal e espacial; a possibilidade de grandes catástrofes encetadas por condutas humanas. Esta última razão é denominada de “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”.

O “Direito penal do risco”¹⁷ acaba por alargar o campo de interesse penal, destacando-se, por exemplo, a tutela de questões relacionadas ao meio ambiente, tecnologias de informática, reprodução genética, dentre outras. O “expansionismo” do Direito penal encontra solo fértil diante das incessantes inovações que rapidamente são assimiladas em condutas delituosas.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 77.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ expõe uma interessante teoria acerca da convergência da sociedade de risco em sociedade do medo. Cf. *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 27 a 69.

¹⁶ Há que se levar em conta a dificuldade de aplicar a teoria de BECK ao contexto brasileiro (referencial empírico para esta pesquisa), de subdesenvolvimento industrializado. Todavia, mesmo com esse problema, a proposta do sociólogo alemão se adequa ao presente trabalho por analisar a sociedade contemporânea sob a ótica da insegurança coletiva, um traço essencial à perpetuação do “Direito penal simbólico”, que encontra solo fértil nesse cenário, no qual os riscos são travestidos de medo da violência criminalizada, o que resulta em uma hiperinflação do Direito penal.

¹⁷ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Helga Sabotta de Araújo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004, p. 31-45.

Os riscos, além de cada vez mais diversos e difusos, se portam de maneira anômala, dificultando uma categorização que facilitaria um enfrentamento mais eficiente. BECK, a respeito da relação entre os riscos, afirma que o conteúdo teórico e a referência axiológica dos riscos geram novos componentes: “a observável pluralidade conflitiva de definições de riscos civilizatórios. Chega-se a uma superprodução de riscos que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte disputam mutuamente a supremacia.”¹⁸

Uma vez situado o “Direito penal simbólico” dentro do panorama de uma sociedade obcecada pelo risco, pode-se empreender alguns traços especialmente característicos do fenômeno.

De acordo com ZAFFARONI, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica “perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.”¹⁹

A mencionada sustentação da estrutura ocorre em virtude de grande parte da sociedade enxergar a pena como panaceia, numa lógica rasteira, pautada pela ideia de castigo, dentro do escopo penal, como forma de Justiça. Todavia, a pena de prisão funciona como força motriz de um ciclo pernicioso, no qual a pobreza se reproduz, a criminalidade se perpetua e, por conseguinte, suscitam-se mais aplicações de penas, potencializando essa relação assemelhada a um moto-perpétuo. Por essas razões, a pena, ao menos de acordo com uma perspectiva calcada na Criminologia Radical, funciona como um instrumento de manutenção das estruturas de classes, do *status quo*.

Nesse diapasão, a cultura do medo, cultivada socialmente e potencializada pela mídia gera uma percepção exacerbada da violência. SILVA SÁNCHEZ pondera que a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva de tais riscos²⁰.

No plano normativo, uma perspectiva rotineira do “Direito penal simbólico” é o seu uso em um cenário de temor generalizado, mediante a aplicação de normas com um caráter apaziguador. Incute-se na população a ideia de que com a promulgação de uma lei penal, determinada conduta será desencorajada. No entanto, cabe ressaltar que, o “Direito penal

¹⁸ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998, pp. 36-37.

¹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª Ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004. p. 76.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 37.

simbólico” não está adstrito ao âmbito legislativo, uma vez que se alastra por todo sistema penal, manifestando-se também nos âmbitos Executivo e Judiciário.

Uma hipótese aventada neste trabalho está relacionada ao vínculo entre “Direito penal simbólico” e seletividade do Direito penal. A conjectura aqui esboçada está sustentada na premissa segundo a qual o “Direito penal simbólico” não é totalmente inefetivo, mas sim insuficientemente efetivo. Isso significa que as normas acabam tendo uma incipiente incidência, justamente sobre os indivíduos estigmatizados que historicamente são selecionados pelo sistema penal. Dessa forma, muito embora considerável parte das normas simbólicas sejam teoricamente direcionadas à criminalidade de colarinho branco ou à proteção de interesses difusos, ocorre uma deturpação (usualmente já prevista pelo legislador) na aplicação de tais normas, contemplando seus resquícios de efetividade à expeditos seletivos.

Ocorre, no entanto, um agravante: as normas de “Direito penal simbólico” costumam conter traços notavelmente rigoristas, o que implica que as penas atingem os cidadãos de sempre, a “clientela” alvo da persecução penal, só que de forma cada vez mais contundente. Com isso, a seletividade se perpetua, já que as marcas do Direito penal acabam sendo impressas de maneira indelével sobre os apenados (sob o discurso falacioso da ressocialização), sobretudo no que concerne ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

Nesse mesmo escopo hipotético, só que em um viés distinto, essa manipulação simbólica que atua seletivamente mostra-se extremamente apreciada pela coletividade, haja vista que tal manipulação opera sob a lógica de eleição de “bodes expiatórios”, os quais são representados pelos condenados criminalmente, sendo a pena aplicada sobre eles com uma intensidade que permite aplacar a sanha punitivista que perpassa a sociedade.

Assim, diante de todas as constatações feitas, pretende-se, por meio do estudo da temática apresentada, extrair conclusões que expliquem as contradições que permeiam a presença do símbolo dentro do Direito penal, procurando distinguir o simbolismo inerente à estrutura penal e a deturpação de seu uso, cujos traços já foram percebidos pela doutrina e colocados sob a denominação de “Direito penal simbólico”.

Cabe apontar que o interesse na temática advém de dois fatores: a inequívoca influência do “Direito penal simbólico” na política criminal. Além disso, há outras tantas e corriqueiras manifestações do fenômeno pelas três esferas republicanas de poder, muito embora pareça haver uma aproximação doutrinária ao tema demasiadamente limitada ao

plano legislativo, empreendida por meio de instrumentais eminentemente jurídicos, malgrado ser um assunto que necessite de análise multidisciplinar, haja vista que o Direito, por si, é incapaz de delinear o simbolismo e vislumbrar toda a implicação de sua utilização.

Destarte, empreender-se-á uma abordagem do tema que sairá do campo estritamente jurídico. Isto porque o trabalho se iniciará por uma “arqueologia” do símbolo, este ainda apartado do Direito penal. Posterior a esse estudo inicial do símbolo, será empreendida uma análise do simbolismo no Direito penal e do denominado “Direito penal simbólico”. Neste segundo momento, contudo, ainda será mantido um enfoque multidisciplinar, com o uso da Sociologia, Filosofia, Psicologia, Teoria da Linguagem, Criminologia e quaisquer outros campos do saber que se mostrarem pertinentes ao longo do trabalho.

Maior conhecimento e, sobretudo, maior rigor na aproximação do tema permitirão uma ampliação do debate e o estabelecimento de um ponto de vista crítico sobre certas medidas simbólicas, as quais têm minado paulatinamente a efetividade do Direito penal. Além disso, a criação de um conceito preciso acerca do fenômeno do “Direito penal contemporâneo” contribuirá na tarefa de combater as manifestações de um simbolismo pernicioso que permeia o Direito penal contemporâneo.

Para tanto, inicialmente (no capítulo “1 – O símbolo”) será descortinado um panorama do sentido da palavra “símbolo” bem como suas derivações, quais sejam, “simbolismo”, “simbólico”. Nesse diapasão, uma sintética trajetória da evolução comunicativa do ser humano é traçada para demonstrar como a linguagem simbólica foi um recurso que propiciou um avanço na comunicação, uma vez que permitiu o acesso ao pensamento abstrato.

Uma distinção entre signo e símbolo – basilar para a compreensão do pensamento simbólico – será empreendida, apontando que o símbolo é uma forma de signo, existindo portanto uma relação de continente e conteúdo, em que o traço básico do símbolo é possivelmente seu excesso significativo, oriundo da interpretação do receptor do objeto simbólico.

A partir disso, é possível iniciar uma análise dos diversos significados atribuídos ao símbolo, os quais derivam de seu uso plural, em diferentes áreas do saber. Nesse escopo, primeiramente é verificado qual o sentido do símbolo no contexto da Semiótica. Posteriormente, os significados do símbolo são apresentados em campos de conhecimento como a Psicologia, a Filosofia, a Ciência Política, a Sociologia. Objetiva-se, assim, uma compreensão ampliada do sentido de símbolo, facilitando a análise de uma possível

deturpação do seu emprego dentro do Direito penal.

Posteriormente, será estabelecida uma essencial diferenciação para a compreensão do símbolo em sua aplicação no âmbito jurídico, referente à dicotomia entre instrumental e simbólico. Por fim, há ainda nesse capítulo, uma importante distinção entre efetividade, eficácia e eficiência, útil à compreensão da concepção de “Direito penal simbólico” estabelecida no trabalho, sobretudo no que diz respeito entre a diferença de efetividade e eficácia. Isto porque, apontar-se-á, ao longo do trabalho, que a carência de efetividade é um traço básico do “Direito penal simbólico”.

No capítulo “2 – A dualidade nos processos políticos de decisão e legislação” será demonstrada a importância dos âmbitos políticos de tomada de decisão e de elaboração normativa na conformação do “Direito penal simbólico”. Destacar-se-á o cenário de conflito sobre o qual a política opera, e como a tentativa de harmonizar interesses ou, ao menos, alcançar um apoio sólido (usualmente caracterizado pela opinião majoritária) acaba refletindo em práticas perniciosas, inclusive ao Direito penal.

O conceito de “mito político” será analisado, uma vez que a expressão guarda íntima relação com a manipulação de aspectos simbólicos dentro do jogo político, o que acaba refletindo diretamente na produção de normas excessivamente simbólicas. Isto porque, a presença do mito na política acaba obscurecendo a racionalidade nas decisões, possibilitando o surgimento de aspectos latentes como argumentos fundamentais nas ações desenvolvidas dentro do corpo político.

Há ainda um subcapítulo destinado exclusivamente à essencial análise da obra de Murray EDELMAN, a respeito da utilização do símbolo na política, que se encontra sobretudo no livro *“The symbolic uses of politics”*..

Posteriormente, o capítulo “3 – A imprescindibilidade dos símbolos dentro do sistema jurídico” abordará o símbolo como pressuposto ontológico do Direito penal. Pretender-se-á com isso demonstrar que a crítica ao “Direito penal simbólico” só pode ser feita a partir de uma cisão dos aspectos simbólicos elementares ao Direito e, especificamente, ao Direito penal, e os aspectos perniciosos, representados por um mau uso do símbolo.

Nesse diapasão, o símbolo será analisado dentro da relação entre Direito e Justiça, sendo que o vínculo entre tais categorias parece ocorrer justamente por uma interação com aspectos simbólicos. Já em um segundo momento, o foco será direcionado à noção de Direito como violência simbólica, o que, obviamente, possui grande importância no estudo dos

elementos simbólicos estruturais do Direito.

Após tais aproximações, iniciar-se-á o exame do símbolo dentro do Direito penal. Para tanto, de princípio, o tema dos aspectos simbólicos da proibição será evidenciado, com o intuito de demonstrar como o tipo penal possui aspectos latentes que não são acessíveis por meio da literalidade. Posteriormente, buscar-se-á demonstrar como elementos simbólicos ligam a punição oriunda de um comando estatal à sociedade. Em seguida, evidenciar-se-á brevemente a concepção de crime e criminalização, a partir do prisma do “interacionismo simbólico” aplicado na vertente criminológica denominada de *Labeling Approach*.

Em seguida, iniciar-se-á a investigação acerca das deturpações do simbolismo dentro do Direito penal, o que abrirá caminho para o estudo subsequente do “Direito penal simbólico”. Nesse sentido, será estabelecida a distinção entre “Simbolismo no Direito penal” e “Direito penal simbólico”, bem como serão expostas deduções calcadas nessa dicotomia. Tais inferências se justificam como questões que auxiliam na definição de uma metodologia que seja apta a estabelecer quais critérios podem lograr êxito na tarefa de definir satisfatoriamente as duas categorias suscitadas (“simbolismo no Direito penal” e “Direito penal simbólico”).

No capítulo “4 – O cenário da insegurança epidêmica: a sociedade de risco”, a contemporaneidade será esboçada a partir da lente proposta por Ulrich BECK, em sua proposição denominada de “Sociedade de risco”. Empreender-se-á um excursus a respeito da percepção dos riscos e sua relação com os riscos penalmente relevantes, ou seja, aqueles que afetam bens jurídicos tutelados pelo Direito penal. Ato contínuo, será iniciada a aproximação do conceito de risco e o “Direito penal simbólico”.

Após a exposição da contemporaneidade sob o prisma da “sociedade de risco”, será feita uma contextualização dos elementos característicos do Direito penal em seu estado atual. Para isso, analisar-se-á as demandas direcionadas ao Direito penal nas últimas décadas, bem como das conjecturas que contribuíram para a sua atual conformação. Dentre os traços notáveis que caracterizam o Direito penal contemporâneo serão analisados o modelo prospectivo de Direito penal das últimas décadas, a desnaturalização do Direito penal e a hiperinflação legislativa. Por fim, o movimento *law and order* e o fenômeno da “esquerda punitiva” serão relacionados ao “Direito penal simbólico”.

O capítulo “5 – A mídia como veículo catalisador da insegurança coletiva”, a mídia será analisada, destacando-se sua função de mediação entre Estado e sociedade. A pretensa

neutralidade da mídia será desconstruída, visando a demonstrar como ela interfere decisivamente no Direito penal, sobretudo porque os meios de comunicação têm se posicionado como credores populares do corpo político, exigindo deste, medidas efetivas de combate da violência. Paradoxalmente e concomitantemente, a mídia explora à exaustão a criminalidade, em um processo de espetacularização da violência, denominado de sensacionalismo. Assim, a mídia pode ser considerada um veículo catalisador da insegurança coletiva.

A análise do comportamento da mídia face ao Direito penal prosseguirá em um subcapítulo que contém em seu título duas expressões (dissimulação e fetichismo) que caracterizam a postura da midiática. Por fim, será traçado um detido exame da influência da mídia especificamente sobre o “Direito penal simbólico”.

Conforme apontado, no capítulo “6 - O ‘Direito penal simbólico’”, empreender-se-á a análise do mote que suscitou esta pesquisa: o fenômeno do “Direito penal simbólico”. O ponto de partida conceitual escolhido para possibilitar o desenvolvimento do estudo do tema é a preponderância do sentido latente em comparação com o sentido manifesto de, por exemplo, uma norma. Posteriormente outros critérios constituintes do “Direito penal simbólico” serão elaborados.

Nesse diapasão, um estatuto com as características inafastáveis do fenômeno será buscado, com a finalidade de se estabelecer um conceito que conjugue os traços essenciais do “Direito penal simbólico” e, portanto, seja capaz de descrevê-lo e, mais ainda, de ser aplicado na realidade.

Em seguida, algumas ponderações acerca da intencionalidade – como suposto elemento imprescindível à caracterização do “Direito penal simbólico” – serão tecidas. Outro aspecto que será perquirido é o engano. Também será apresentado um exemplo empírico que sirva de paradigma para o estudo do fenômeno do “Direito penal simbólico”.

Depois, delinear-se-á o conceito de “Direito penal simbólico” e, posteriormente, no capítulo “7 - Ponderações acerca de temas orbitantes ao ‘Direito penal simbólico’” alguns tópicos correlatos ao fenômeno serão analisados, dentre eles, as finalidades da pena, a proteção de bens jurídicos, o “Direito penal promocional”, efetividade, dissuasão, impunidade e, por fim, a seletividade do Direito penal e a eleição de “bodes expiatórios”.

Por fim, serão apontadas algumas sugestões que podem ser efetivas no desafio de diminuir a incidência do uso deturpado de símbolos no Direito penal. Nesse sentido, tais

propostas visam a mitigar a presença do “Direito penal simbólico” (como fenômeno de utilização inadequada e ilegítima de conteúdos simbólicos) dentro do simbolismo no Direito penal, entendido como a totalidade das manifestações simbólicas que ocorrem no universo penal.

Cabe, finalmente, afirmar que não faz parte do recorte do presente trabalho empreender esse detido exame casuístico das manifestações de “Direito penal simbólico” dentro de uma determinada realidade penal. Tal propósito demandaria uma dissertação ou tese apartada, com seu um cerne voltado à aplicação da teoria no plano prático. Propõe-se aqui justamente lançar as bases teóricas que culminem em critérios e um conceito apto a permitir a avaliação do fenômeno.

1 – O SÍMBOLO

*“Símbolos revelam velando e
velam revelando”*

George Gurvitch

1.1 - Prelúdio

A utilização de símbolos é seguramente uma das mais preciosas aquisições do intelecto humano. O simbolismo, entendido neste momento inicial como a prática geral envolvendo símbolos, permitiu o alcance da ordem do abstrato, por conseguinte, deu gênese à concepção de ideias metafísicas, ampliando os limites da consciência, antes enclausurada na apreensão do mundo sensível.

Os símbolos são a expressão patente do desejo atávico do homem de explorar o desconhecido. Isto porque o pensamento simbólico permitiu uma nova forma de comunicação pela representação, conduzindo à concepção de ideias que não podiam ser acessadas sensorialmente, por meio apenas do mundo físico. O símbolo proveu o raciocínio humano de uma complexidade que auxiliou no paulatino distanciamento do ser humano do rudimentar uso exclusivo de seus sentidos e instintos.

Esse panorama da origem do pensamento simbólico no descortinar da humanidade necessita de uma explicação mais densa dos processos mentais envolvendo símbolos. Para tanto, em linhas gerais, serão desvelados, neste capítulo, quais são os conceitos que foram sendo estabelecidos para "símbolo". Além disso, apontar-se-á o mecanismo comunicacional simbólico, ou seja, a forma como o intelecto se apropria de concepções simbólicas para utilizá-las na comunicação, ocorrendo, assim, um passo decisivo na forma como o ser humano passou a se expressar, mas, mais além, na própria forma de pensar, já que os símbolos superaram uma barreira do raciocínio, permitindo aos seres humanos alcançarem o plano da abstração.

Importante advertir que toda a trajetória relacionada à abordagem do símbolo e seu papel no pensamento humano será norteada, implícita ou explicitamente (com alusões e

exemplos), pelo Direito Penal. Por tal razão, interessantes discussões que enveredam para o sentido simbólico dentro de searas como a arte, a religião e a mitologia serão desconsideradas dentro deste âmbito de estudo.

1.2 - Uma digressão ao signo

Neste primeiro momento, empreender-se-á uma análise da representação simbólica dentro do processo comunicativo, sem a pretensão de se estabelecer uma biografia do símbolo, mas para localizá-lo no cerne da dissertação, já que há nuances nas concepções do símbolo, que não permitem uma aproximação direta desse objeto e o Direito Penal, relação esta, que é o mote desta pesquisa.

Com o decorrer do tempo, o ser humano tornou-se um ser social, em geral incapaz de abdicar da vida em comunidade. Esta, por sua vez, pressupõe a existência da comunicação.²¹

A representação simbólica é uma forma basilar da comunicação, um valiosíssimo instrumento da linguagem que se imiscui em todas as maneiras em que o ser humano busca interagir com o próximo, desde a arte até o direito. O mundo está permeado de símbolos cujos significados são conhecidos e apreendidos em maior ou menor escala, resultando em universos particulares a poucos ou em representações nas quais o sentido é comungado coletivamente.

A imanência do símbolo na comunicação resulta em uma multiplicidade de sentidos na sua definição, variável conforme o contexto em que os indivíduos se comunicarem. Portanto, é fácil observar os símbolos, mas extremamente complexo determinar univocamente um sentido a eles.

Diante disso, parece ser adequado buscar a definição de símbolo, dentro das ciências humanas, com destaque para a Semiótica, justamente por esta ser uma ciência que se ocupa dos sistemas sígnicos, dentro dos quais a utilização dos símbolos se insere. O enfoque do presente estudo é especificamente o símbolo dentro do Direito penal. Todavia, é necessário,

²¹ Acerca da importância do aspecto comunicacional na sociedade, vide a interessante concepção luhmanianna de comunicação como critério de existência, in LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Tradução de Ana Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

para tanto, buscar rigor conceitual acerca do que consiste o símbolo, de forma anterior ao seu uso prático no plano jurídico. Objetiva-se, assim, uma compreensão de seu significado, facilitando a análise de uma possível deturpação do seu emprego dentro do Direito. Nesse sentido, há que se verificar até que ponto a ideia de "Direito penal simbólico" se relaciona realmente com o que o pensamento, forjado dentro das ciências humanas, cunhou como símbolo, ou se o Direito alude a um simbolismo *sui generis*.

Em uma breve remissão aos primórdios da linguagem²², buscar-se-á um auxílio à compreensão dos passos subsequentes que culminaram na complexidade da comunicação simbólica e suas sutilezas intrínsecas.

Ernst CASSIRER aponta que a linguagem primitiva estaria restrita a duas possibilidades. A primeira seria a de uma subjetividade, representada por um som de excitação ou emoção; um grito de dor seria um exemplo dessa expressão subjetiva. A outra forma da linguagem primitiva seria a da simples objetividade, como uma imitação onomatopeica, que ocorreria, por exemplo, na tentativa de emular o som emitido por algum animal.

O autor pondera que nem a forma subjetiva, tampouco a objetiva exprimem "a essência espiritual da linguagem propriamente dita".²³ Assim, essas manifestações estariam em um patamar "protolinguístico", não no sentido de língua ancestral, mas de um momento anterior à própria concepção de linguagem. A essência espiritual da linguagem, a que se refere CASSIRER, reside na correlação entre subjetividade e objetividade. Tal junção produz uma inédita nova síntese de "eu" e "mundo".²⁴

Importante destacar, ainda que rapidamente, como a linguagem deu condições para a clarificação do plano das ideias. Nesse sentido, SAUSSURE afirma que "Considerado em si mesmo, o pensamento é como uma nebulosa onde nada é necessariamente delimitado. Não há ideias preestabelecidas, e nada é distinto antes do surgimento da língua."²⁵ Para NIETZSCHE, a linguagem foi instrumento vital para a evolução do homem social. Ele discorre sobre isso,

²² De um modo geral, podem-se observar três etapas nas quais se realiza este progressivo amadurecimento da linguagem: a fase mímica (calcada em onomatopéias), analógica e propriamente simbólica. Cf. CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 194-206.

²³ Cf. CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*, cit., p. 43.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística Geral*. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 130.

ao afirmar que “A importância da linguagem para o desenvolvimento da civilização reside no fato de que nela o homem colocou um mundo próprio ao lado do outro, posição que julgava bastante sólida para dali erguer o resto do mundo sobre seus eixos e se tornar senhor do mundo.”²⁶

1.2.1 – Um impasse inicial: do sensível ao convencional

No estudo da linguagem, ainda em um patamar em que ela é demasiadamente rudimentar, mas no já descrito âmbito subjetivo-objetivo, no qual o "eu" se liga ao "mundo", salta aos olhos um problema inicial: como se opera o movimento que liga um dado sensível a um significado convencionalizado.²⁷ Tal passagem ocorre (segundo uma inferência consideravelmente segura, já que a vocalização é apontada como a forma inicial de comunicação humana), no momento em que o som físico adquire uma forma minimamente fixa, que permita uma interlocução, tendo em vista que surge um significado compartilhado entre o emitente e o receptor de tal som. O fonema adquire um segundo plano, já que ele funciona como mediador de um significado, ou seja, ele obviamente mantém sua forma como fenômeno físico (por exemplo, o som), mas adquire um determinado significado.²⁸

Essa primeva forma de comunicação, provavelmente um grunhido (imagina-se que similar ao que se denomina de estágio holofrástico, no qual a criança começa a se comunicar mediante o uso de uma palavra que designa toda uma frase), que foi além da sua mera propagação física, carregando em seu bojo um significado, deu gênese à ideia de signo,

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César Lima Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 20.

²⁷ Para MERLEAU-PONTY “A fala não é signo do pensamento, pois não é como o pensamento dado tematicamente: o sentido enraíza-se na fala que é a existência exterior do sentido. A palavra e a fala são a presença do pensamento no mundo sensível (e não sua vestimenta). Ela possui uma camada de significação existencial antes do enunciado conceitual que habita as palavras de modo que a linguagem é significação; ela não tem significação. MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed., Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1974.

²⁸ A distinção da voz (*phoné*) do discurso (*lógos*) possui raízes aristotélicas: “Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Estes são apenas a expressão de sensações agradáveis ou desagradáveis, de que os outros animais são, como nós, capazes. A natureza deu-lhes um órgão limitado a este único efeito; nós, porém, temos a mais, senão o conhecimento desenvolvido, pelo menos o sentimento obscuro do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto.” ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Antonio de Castro Caieiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3.

elemento basilar para a compreensão do símbolo. No entanto, Marshall URBAN ressalva que é apenas nos primórdios da comunicação que se pode inferir que haja uma perfeita identidade entre palavra e coisa. Para este autor, apenas uma concepção de linguagem primitiva e ingênua pode ser uma representação fidedigna de algo por meio de um vocábulo.

Há, portanto, em formas mais evoluídas de comunicação, um modo simbólico imanente a qualquer forma de expressão. Marshall URBAN afirma ainda que independente da opinião que se tenha acerca da origem e desenvolvimento da linguagem, as palavras e a linguagem foram se distanciando cada vez mais de sua fonte originária.²⁹

De fato, as palavras costumeiramente sofrem uma expansão de seu conteúdo semântico. Tal fenômeno está ligado à percepção de determinada palavra.³⁰ A palavra obviamente não é um ente apriorístico apreendida pela humanidade em um processo de epifania. Sua construção é um meticuloso e incessante processo que as modelam, diminuindo ou, geralmente, aumentando seu significado.³¹ PEIRCE pontua que as palavras adquirem informação, “tal como o faz o pensamento de um homem através de uma percepção ulterior. Mas não há aqui diferença, dado que um homem faz a palavra, e a palavra nada significa senão aquilo que algum homem a fez significar.”³²

Há que se destacar, no entanto, que os processos de atribuição de significado são convencionais. Assim, em determinadas situações em que determinada palavra tem sua inteligibilidade prejudicada em razão de um excesso de significados, neologismos são criados, novas expressões que funcionam reduzindo o significado inicial de uma palavra. Nesse sentido, não há uma relação hierárquica em que há um gênero e novas palavras surgem como especificidades desse todo, mas sim um fracionamento do significado, ou seja, uma palavra deixa de representar algo e outra palavra adquire esse sentido. Evidentemente, essa modificação ocorre de forma paulatina, conforme os indivíduos passem a utilizar o neologismo e releguem parte do significado da palavra original ao desuso.

²⁹ Para uma análise mais esmiuçada das assertivas do autor, Cf. URBAN, Wilbur Marshall. *Lenguaje y realidad*. Tradução de Carlos Villegas e Jorge Portilla. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1952, p. 33 e ss.

³⁰ Acerca disso, PEIRCE afirma que se trata da "possibilidade de adquirir informação, de significar mais; ora, uma palavra pode aprender. Quanto mais não significa hoje a palavra eletricidade do que significava ao tempo de Franklin? Quanto mais não significa hoje o termo planeta do que ao tempo de Hiparco?" Cf. *Semiótica*, cit., pp. 305-306.

³¹ Nesse sentido, a percepção acerca da palavra “crime” e seu significado também varia de acordo com o espaço e o tempo. O vocábulo “aprendeu”, já que a expressão “crime” ganhou e ganha novas matizes em um processo inflacionário que guarda estreita ligação com o próprio fenômeno batizado de “Direito penal simbólico”.

³² PEIRCE, Charles Sanders, *Semiótica*, cit., pp. 306.

Um bom exemplo dessa deflação de sentido de uma palavra pode ser encontrado dentro do Direito Penal: a diferenciação criada entre as condutas denominadas de “contrabando” e descaminho”³³ A primeira refere-se ao ato de importar ou exportar mercadoria proibida, já o descaminho ocorre mediante o não pagamento intencional de tributos de determinado produto lícito. Nota-se que há uma relação de gênero e espécie entre as duas palavras, inexistente qualquer subsidiariedade entre elas. No entanto, em um diploma anterior, o “Código Criminal do Império” (cuja vigência se estendeu de 1830 a 1890), não há qualquer diferenciação das expressões, ambas as condutas comungavam do mesmo *nomen juris*, qual seja, “contrabando”.³⁴

Por outro lado, além da ideia de expansão do significado de uma palavra, a generalização de Marshall URBAN acerca do distanciamento das palavras de sua fonte originária, pode ser interpretada como um inexorável processo que se não inflaciona o significado, ao menos o distorce para rumos distintos de sua gênese.

No entanto, conforme demonstrado acima, as palavras podem perder significado, usualmente quando já estão saturadas ao ponto de versarem sobre tanto, que sobre nada acabam de fato versando. Além disso, um movimento de retorno ao sentido original de uma palavra é plenamente possível. Assim, a generalização de Marshall URBAN está calcada em alicerces de ordem especulativa, o que a princípio não seria uma inconsistência importante, exceto sob um prisma de análise de possibilidades lógicas.

Contudo, delinear com tamanha rigidez as mudanças das palavras em um movimento exclusivamente centrífugo é cercear as possibilidades dos processos de convenção, percepção e interpretação de um signo, o que não parece correto, haja vista que o horizonte de ganho, perda e mudança de sentidos de uma palavra é vasto demais para uma concepção empobrecedora, em que uma expressão possui uma trajetória de inexorável afastamento de sua origem.³⁵

³³ “Art. 334: Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos.” BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei 2848, de 07 de Dezembro de 1940.

³⁴ “Art. 177: Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação, ou exportação. Penas - perda das mercadorias ou generos, e de multa igual à metade do valor delles.” BRASIL, Código Criminal do Império, Lei Imperial de 16 de dezembro de 1830.

³⁵ Francis CORNFORD criou uma interessante comparação para ilustrar o dinamismo das palavras. Estas, para ele, “...são como as moedas. Os *shillings* e as meias coroas permanecem basicamente os mesmos em peso e tamanho. Mas a constância na forma aparente esconde de nós a perpétua variação no seu poder de compra.” CORNFORD, F. M. *The unwritten philosophy and other essays*. Cambridge: WKC Guthrie, 1967, p. 40.

Feito o aparte acerca da proposição de Marshall URBAN, retomar-se-á a análise da trajetória dos signos. Nesse diapasão, a comunicação rudimentar foi adquirindo um grau de complexidade com o surgimento de uma pluralidade de signos, componentes de um código³⁶, no caso, uma linguagem precária capaz de expressar ideias compreensíveis pelo destinatário, por meio da conjunção de tais signos.

Cada signo projetado com êxito, ou seja, captado por outrem, é apreendido em seu objeto representado, além de si próprio (como representante). Além disso, há um intrínseco processo de apreensão da regra de representação que permite a compreensão da referência feito pelo signo ao objeto representado. Há, então, uma tríade que se desvela em um signo: sua forma, conteúdo e a norma de sua operação.

Para explicar o alvorecer dessa tricotomia pode-se utilizar a comunicação rudimentar cujo esboço foi exposto. Assim, nesse primeiro momento, a forma representaria o som físico, o conteúdo a ideia expressa por tal som e a regra as maneiras como tais signos poderiam ser combinados para expressar algum sentido para o destinatário.

Imperioso anotar que um signo, dentro do processo comunicacional, só será compreendido se seguir as regras do código compartilhado entre emissor e destinatário. Assim, cada signo será inserido dentro de uma determinada ordem em que ele se relacionará com os demais signos para proporcionar uma compreensão. A maneira com que ele se conecta com outros signos criará o que se entende por "contexto". Se neste esboço de uma linguagem primitiva, a importância do "contexto" refere-se basicamente à relação entre signos, dentro do pensamento simbólico ele ganhará um status de protagonista, aludindo a toda sorte de dados que fazem parte do momento da comunicação, seja o espaço, o tempo, a percepção dos receptadores, os acontecimentos notórios ao período, entre outras variáveis.³⁷

Charles Sanders PEIRCE, em uma proposição de cunho semiótico, concebe a relação entre um signo e o objeto representado como um outro signo, que ele denomina de "interpretante". A relação sígnica se sustenta em uma tricotomia, distinta daquela esboçada entre forma, conteúdo e norma. Para PEIRCE, a relação se dá entre o próprio signo, seu objeto e o interpretante como um produto relacional, uma síntese que não exclui seus

³⁶ Cabe anotar que o Direito também pode ser compreendido como um código binário, de cunho axiológico, em que há uma valoração entre lícito e ilícito

³⁷ Sobre a relação entre forma e contexto, cf. ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 28 e 29.

pressupostos.³⁸

A brevíssima digressão à gênese dos signos feita nesse subcapítulo pode ser aqui concluída com uma definição de Ernst CASSIRER, que abre portas para a exposição do próximo item. Para ele "O signo não é um invólucro fortuito do pensamento, e sim o seu órgão essencial e necessário."³⁹

Há, para tal autor, uma função sónica que vai além da transmissão de um conteúdo pensado, havendo uma possibilidade de desenvolvimento desse próprio conteúdo em seu bojo. Essa concepção de signo se aproxima muito do que se entende por símbolo, que como será visto a seguir, é continente do signo, mas não deve ser com ele confundido.

1.2.2 - A caracterização e a distinção do símbolo perante o signo

Pode-se partir de um conceito básico e sem qualquer grande objeção acerca da dicotomia deste subtítulo. Assim, o símbolo⁴⁰ é uma espécie de signo, este, por sua vez, entendido como aquilo que representa outra coisa.

Esta concepção esboçada acima é provisória, servindo como um ponto de partida, visto que é demasiadamente simples, incapaz de prover, por si só, uma compreensão cuja dimensão seja mais ampla em torno de toda a problemática do símbolo.

Ao menos neste momento, desenvolver-se-á um raciocínio cartesiano, deduzido a partir do conceito apontado, já que se mostra uma premissa sólida, um denominador comum em um vasto número de estudos sobre o tema. Reforçando e, concomitantemente, aprofundando a noção de símbolo como espécie de signo, Umberto ECO faz excelente síntese dessa relação:

³⁸ Clarice Von Oertzen ARAÚJO expõe, acerca dessa tricotomia, que "o objeto da semiótica, como teoria ou ciência dos signos, não é mais o signo em si, mas a semiose, assim entendida esta relação triádica capaz de produzir novos signos." In: *Semiótica do Direito*, cit., p. 128.

³⁹ CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*, cit., p. 31.

⁴⁰ A etimologia de *símbolo*, do grego *ἄμβολον*, do verbo *"symbállein"*, símbolo era um sinal de reconhecimento. Na cultura grega era representado por um objeto, por exemplo uma moeda, dividido em duas partes, cujo encaixe permitiria aos portadores de cada uma das partes se reconhecerem. Cf. o verbete SÍMBOLO. In: HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2573.

Têm-se as duas metades de uma coisa de que uma está em lugar de outra (*aliquid stat pro aliquo*, como ocorre em todas definições clássicas do signo) e, no entanto, as duas metades da moeda realizam a plenitude sua função apenas quando se reúnem para reconstituir uma unidade. Na dialética de significante e significado que caracteriza o signo, essa reunião aparece sempre incompleta, diferida; toda vez em que o significado é interpretado, isto é, é traduzido num outro signo, descobre-se alguma coisa a mais e a remissão, ao invés de recompor-se, torna-se mais divergente, aguça-se... No símbolo, ao contrário, há a ideia de uma remissão que de algum modo encontra o próprio termo: uma reunião com a origem.⁴¹

Uma ressalva é válida para limitar os objetos atinentes à análise que vem sendo desvelada neste início de dissertação: o símbolo, como visto, é uma forma de signo, portanto não se confunde com as demais formas sgnicas que serão apresentadas abaixo. Tampouco, seja signo ou símbolo, se confundem com outras formas de expressão comunicacional, apesar do corriqueiro uso indiscriminado de várias expressões como sinônimos.⁴² A demasiada repetição de termos, observável neste capítulo, só reforça a ideia de que não há qualquer emprego de sinonímia, em virtude da busca por precisão conceitual.

1.2.3 – Um panorama semiótico do símbolo

Na semiótica⁴³ peirceana há uma tripartição do signo nas seguintes categorias: ícone, índice e símbolo. A explicação de cada uma delas por PEIRCE merece, em prol da precisão conceitual que seria perdida em uma paráfrase, uma transcrição literal:

⁴¹ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Tradução de Mariarosaria Fabris. São Paulo: Ática, 1991, p. 196.

⁴² DURAND assevera que “De qualquer modo, ‘imagem’, ‘signo’, ‘alegoria’, ‘símbolo’, ‘emblema’, ‘parábola’, ‘mito’, ‘figura’, ‘ícone’, ‘ídolo’ etc. são utilizados indiferentemente pela maioria dos escritores.” Cf. *A imaginação simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988. p.11 e ss.

⁴³ John LOCKE cunhou no século XVII o termo *Semiotiké*, como sendo a doutrina dos sinais. Cf. *Ensaio sobre o entendimento humano*. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 315. Por seu turno, Charles Sanders PEIRCE construiu a semiótica como uma ciência dos signos, cujas bases estão em seu livro homônimo.

Um signo é um ícone, um índice ou um símbolo. Um ícone é um signo que possuiria o caráter que o torna significante, mesmo que seu objeto não existisse, tal como um risco feito a lápis representando uma linha geométrica. Um índice é um signo que de repente perderia seu caráter que o torna um signo se seu objeto fosse removido, mas que não perderia esse caráter se não houvesse interpretante. Tal é, por exemplo, o caso de um molde com um buraco de bala como signo de um tiro, pois sem o tiro não teria havido buraco, porém, nele existe um buraco, quer tenha alguém ou não a capacidade de atribuí-lo a um tiro. Um símbolo é um signo que não perderia o caráter que o torna um signo se não houvesse um interpretante. Tal é o caso de elocução de discurso que significa aquilo que significa apenas qualquer por força de compreender-se que possui essa significação.⁴⁴

Conforme o excerto escrito por PEIRCE, nota-se que os símbolos se relacionam com seu objeto de uma forma arbitrária,⁴⁵ ao passo que os ícones utilizam uma relação de semelhança (mesmo que seu objeto seja uma abstração) e, por fim, os índices possuem uma relação física e, portanto, necessária com seu objeto, independente de interpretação relacionando-os.⁴⁶

PEIRCE enfatiza a noção de convenção como originadora de um signo simbólico. O símbolo se liga ao objeto representado por meio da convenção, ou seja, uma forma de norma que usualmente associa ideias gerais acerca do objeto. A escolha terminológica pela palavra símbolo, na obra peirciana deve-se provavelmente, segundo inferência de Umberto ECO, "ao fato de que ele já tinha decidido usar signo referindo-se ao *genus generalissimum* e, por isso, devia encontrar uma denominação diferente para esse tipo específico, a que pertencem também os signos linguísticos".⁴⁷

⁴⁴ PEIRCE, Charles Sanders, *Semiótica*, cit., p. 74.

⁴⁵ Clarice Von Oertzen ARAÚJO destaca que na tripartição das espécies de signo (símbolos, índices e ícones) o símbolo, em razão de sua relação convencional com seu objeto, "é o signo que possui o mais alto grau de semioticidade, uma vez que encontra no interpretante a relação arbitrariamente estabelecida entre o signo e o objeto. Ou seja, um símbolo apenas pode ser produzido e reconhecido na medida em que conte com o auxílio de sujeitos 'que coloquem os signos', e, portanto, de um interpretante." ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*, cit., p. 75.

⁴⁶ Umberto ECO tece críticas a essa classificação, chamando de insustentável a tricotomia de símbolos, índices, ícones, por sua demasiada vaguidade. Cf. *Tratado geral de semiótica*. 2ª edição, tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 157 e ss.

⁴⁷ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 205.

Cabe pontuar que o Direito, observado em sua totalidade, como um sistema de normas voltado à regulamentação da conduta tem o caráter de signo simbólico. O sistema interpretado como um único signo seria um símbolo, cujos objetos pertencem ao plano das mencionadas ideias gerais, como a Justiça, paz social, entre outras abstrações. Esse alcance do abstrato é mencionado por uma definição de símbolo, também extremamente generalista, mas que se coaduna com o conceito de símbolo como signo: "Símbolo é todo dispositivo que nos permita empregar uma abstração".⁴⁸

1.3 - "O símbolo dá o que pensar"

Paul RICOEUR pondera, em consonância com o que tem sido exposto, que afirmar o conceito que expomos de que todo símbolo é signo, "é traçar um círculo demasiado grande que é preciso agora estreitar. Todo o signo visa qualquer coisa para além de si mesmo, e vale por essa mesma coisa mas nem todo o signo é símbolo."⁴⁹

De antemão, há que se conceituar o símbolo como uma espécie de signo (aquilo que representa outra coisa, substituindo-a). Todavia, os símbolos possuem uma peculiaridade vital em relação aos signos. Estes representam uma economia nas operações mentais. Por exemplo, no caso de uma bandeira vermelha em uma praia: convencionou-se que ela representa perigo, e este significado é muito mais rapidamente apreendido do que a explicação de que a água está imprópria e poderá ocasionar uma série de doenças que, por seu turno, representam o perigo retromencionado à saúde dos banhistas, presente na advertência da bandeira como um signo. Dessa forma, tecnicamente – ressalvada a noção de Ludwig WITTGENSTEIN de que as palavras adquirem seu sentido com o uso –, é incorreto afirmar que a bandeira "simboliza" perigo, sendo mais adequado asseverar que a bandeira "significa" perigo, justamente porque o significado imagético promove uma economia mental.

O símbolo, por sua vez, não opera por meio da economia mental, mas ao contrário, pois carrega em si uma expansão do significado do que ele se presta a representar. *Per si*, o

⁴⁸ *Ibid.*, p. 199.

⁴⁹ RICOEUR, Paul. *O símbolo dá o que pensar*. Disponível em: <http://www.uc.pt/fluc/lif/publicacoes/o_simbolo_da_que_pensar> Acesso em 21/09/2012, p. 2.

símbolo está imbuído de um conteúdo implícito, de uma dupla intencionalidade.⁵⁰

Adianta-se que parece ser justamente esse caráter não explícito, ou seja, as intenções latentes, o cerne do “Direito penal simbólico”, haja vista que, hipoteticamente, um ato considerado simbólico vai além ou mesmo não alcança aquilo que deveria representar (por exemplo, uma forma de combate a uma determinada conduta criminosa), carregando também em seu bojo intenções implícitas (como a satisfação de pressões sociais).

Acerca do conteúdo implícito de um símbolo, RICOEUR criou uma engenhosa afirmação: “O Símbolo dá a pensar”. Tal frase resume o caráter dúbio de um símbolo, uma vez que tudo o que ele representa já está inserido em sua construção (por exemplo, em uma norma jurídica). Todavia, seu significado total não se encontra na literalidade, mas sim em um plano enigmático, que só será atingido pelo pensar daquele que interpreta um símbolo.

Assim, a literalidade de uma lei que transforma uma conduta em crime hediondo não suscita nada além de uma compreensão instrumental de causa e efeito. Contudo, um legislador ciente da forma de interpretação da sociedade sobre determinado tema, pode elaborar uma norma imbuída de significados latentes, apostando que o corpo social irá destrinchar o enigma contido na norma da maneira mais benéfica a ele.

Dessa forma, não basta ao emissor de um símbolo saber que o destinatário compartilha seu significado, como ocorreria com um mero signo, mas, além disso, o emissor precisa também ter ciência da forma como este símbolo será interpretado. Portanto, usando um exemplo extraído do Direito Penal, em um panorama de crescimento acentuado e abrupto de assaltos, um legislador com sensibilidade à interpretação das leis por parte da população, não diminuirá a pena para esse tipo de crime.

O processo interpretativo do destinatário do signo simbólico é extremamente vasto, indo desde a negação do conteúdo simbólico até uma extrapolação das possibilidades de seu significado. No primeiro, a mera compreensão do sentido primário do símbolo por um “destinatário obtuso” que não o entende como tal e toma o símbolo apenas em sentido literal, o que não bloqueia a coerência semântica. Por outro lado, um destinatário muito agudo pode às vezes decidir caracterizar uma estratégia simbólica onde restaria dúvida se o texto a encoraja.⁵¹

⁵⁰ RICOEUR, Paul. *O símbolo dá o que pensar*, cit., p. 2.

⁵¹ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 242.

Para RICOEUR, "o símbolo é o próprio movimento do sentido primário que nos faz participar no sentido latente e desta forma nos assimila ao simbolizado, sem que possamos dominar intelectualmente a similitude."⁵² Esta que dá alcance ao sentido latente a partir do sentido patente, de forma que as distinções entre esses sentidos se transmutem e dialoguem, o que dificulta a tarefa de estabelecer com clareza os significados primários dos significados latentes.

RICOEUR denomina o símbolo de "doador", em razão desse movimento do patente ao latente, ou seja, o símbolo possui uma intencionalidade primária que doa um sentido secundário. Todavia, essa doação não é a de um sentido pronto, recebido de forma passiva pelo destinatário. O sentido secundário é uma possibilidade que depende da interpretação do destinatário, o qual poderá desvelar os significados latentes a partir da intencionalidade primária, do significado literal, que é manifesto, mas não contém todo o potencial de sentido do signo simbólico. A intencionalidade primária em um símbolo, é equivalente "a ponta de um *iceberg*", sendo que a parte restante do significado permanece oculta e depende dessa intenção inicial para ganhar visibilidade.

A dupla intencionalidade, primária e latente, característica dos símbolos, segundo RICOEUR, se expressa pelo primeiro sentido literal, que também existe nos signos, somado a um segundo sentido, que guarda vínculo com o primeiro, mas que está implícito e depende da interpretação daquele que o recebe para que seja desvelado.⁵³

Essa dualidade também foi observada por Wilbur Marshall URBAN, ao afirmar que toda oração simbólica possui uma referência dual e, portanto, um sentido duplo.⁵⁴ Não à toa, KANT e JUNG apontavam o símbolo como um corpo vivo, que adquire uma dinâmica a partir de seu sentido primário, como o material que permite a interpretação por parte de quem recebe um símbolo.

A mesma análise do símbolo como entidade orgânica é feita por Charles Sanders PEIRCE, em sua "Semiótica". O pensador americano afirma que todo símbolo é uma coisa viva "num sentido muito estrito que não é apenas figura de retórica. O corpo de um símbolo transforma-se lentamente, mas seu significado cresce inevitavelmente, incorpora novos

⁵² RICOEUR, Paul. *O símbolo dá o que pensar*, cit., p. 4.

⁵³ RICOEUR, Paul. *O Conflito das Interpretações: Ensaio de Hermenêutica*. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Imago, 1978, p. 244.

⁵⁴ URBAN, Wilbur Marshall. *Lenguaje y realidade*, cit., p. 356.

elementos e livra-se de elementos velhos"⁵⁵

Ernst CASSIRER, cuja definição de signo⁵⁶ em muito tangencia o que se concebe por símbolo, expressou, em outra obra, que a distinção entre sinais e símbolos reside no referencial fixo dos primeiros com relação ao mundo físico do ser, ao passo que há uma mutabilidade inerente à ideia do símbolo.⁵⁷ A abstração é, portanto, da ordem do simbólico, pois ela se ampara no metafísico. Essa assertiva já nos aponta para uma imprescindibilidade do pensamento simbólico dentro do Direito, fato que não impossibilita a inserção de um simbolismo deturpado inserido em um plano jurídico, o que tem por hipótese este trabalho, em relação ao “Direito penal simbólico”.

O símbolo carrega consigo uma série de associações que estão implícitas na interpretação literal de determinado objeto. As conexões estabelecidas pelo destinatário de uma mensagem, feitas entre o conteúdo dessa mensagem e as variáveis consequências dela dentro da realidade, superam a compreensão adstrita ao seu significado afastado das relações causais que orquestram o mundo fenomênico.

Nesse sentido, no momento em que se vislumbra a finalidade de determinada norma ou se vaticina o sucesso de sua aplicação dentro da realidade, estabelecem-se juízos que se afastam da mera subsunção do fato à norma. Assim, essa aparente relação de ação (delito) e reação (sanção), prescrita em uma norma penal, guarda consigo um conteúdo estabelecido por motivações, justificativas, finalidades que, muitas vezes, estão inseridas de forma intencionalmente subliminar dentro de determinada construção normativa.

Na comunicação simbólica, o destinatário extrapola o significado taxativo estabelecido pelo produtor de determinada mensagem. No uso simbólico da legislação é exatamente isso que o legislador busca da sociedade, uma interpretação que vá além da prescrição da norma. O que realmente importa na construção dessa norma, é que ela possibilite juízos positivos por parte de seus destinatários.

O símbolo se caracteriza, segundo RICOEUR, por um excesso de sentido, um resíduo da interpretação literal. Ressalva o autor que "para quem participa na significação simbólica, não há efetivamente duas significações, uma literal e outra simbólica, mas antes um único

⁵⁵ PEIRCE, Charles Sanders, *Semiótica*, cit., p. 40.

⁵⁶ Vide o subcapítulo “1.2.1 – Um impasse inicial: do sensível ao convencional”.

⁵⁷ CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica – ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Mestre Jou, 1972, p. 59 e ss.

movimento que o traslada de um nível para o outro.”⁵⁸

De fato, há um significado que extrapola o sentido literal. No entanto, parece existir uma assimilação do significado segundo pela literalidade, haja vista que, exceto em uma análise detida, ninguém decompõe um dado observado no cotidiano em seus sentidos manifestos e latentes. Esse jogo de sombra, em que o significado latente se camufla e imiscui no significado literal, contribui para a legitimação de legislações manifestamente simbólicas, já que não há uma inequívoca clareza em seus contornos que se afastam não apenas da literalidade - até porque a hermenêutica não pode ser apenas estritamente literal - mas do aspecto mais importante, sua efetividade.⁵⁹

Acerca da recepção e criação de significados de um símbolo, Umberto ECO assevera que “na interpretação de um símbolo, as condições de sua apresentação são tais que um intérprete usualmente tem muito maior espaço para exercitar o próprio juízo do que com sinais regulados por um código comum a emissor e destinatário”⁶⁰. Para o pensador italiano, uma possível classificação dos símbolos os colocaria dentro de um patamar de “acentuada falta de aderência – embora talvez intencionalmente – nas atribuições de produtor e intérprete.”⁶¹ O advérbio “intencionalmente” demonstra que ECO leva em conta (sem mencionar nenhuma área específica do saber) as situações de uso deliberado de conteúdos simbólicos dúbios, justamente onde se inserem as deturpações do Direito, como legislações eminentemente simbólicas.⁶²

Umberto ECO busca concluir o modo simbólico da seguinte forma, transcrita *in verbis*:

⁵⁸ RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000p. 67.

⁵⁹ Vide o subcapítulo “1.6 - Um aparte terminológico: eficácia, eficiência e efetividade”, acerca dos termos efetividade, eficiência, eficácia, para a compreensão da razão da escolha da primeira expressão para designar a característica notadamente ausente dentro da legislação eminentemente simbólica.

⁶⁰ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 200.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Umberto ECO propõe uma outra alternativa, a qual seria útil no reconhecimento do simbolismo: “Uma chave semântica para identificar o simbólico poderia ser: termos símbolo toda vez que uma dada sequência de signos sugere, para além do significado imediatamente atribuível a eles com base num sistema de funções signicas, um significado indireto. Pretendo fazer uma viagem à Polônia, pronunciada por João Paulo II, essa frase teria indubitavelmente um significado denotativo interpretável (ou parafraseável) como “proponho-me partir do Vaticano e ir por um certo período à República Popular Polonesa, mas qualquer um admitiria que essa frase tem um sentido segundo ou indireto, diversamente interpretável. Em outras palavras, um papa não se desloca por acaso. A viagem que o papa se propõe durará poucos dias mas seus efeitos irão além das modificações físicas tornadas possíveis por esse deslocamento. É o que se entende quando se sugere que a viagem pontifícia tem um valor ‘simbólico’.” ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 208.

O modo simbólico é, portanto, um procedimento não necessariamente de produção, mas em cada caso e sempre, de uso do texto, que pode ser aplicado a todo texto e a todo tipo de signo, mediante uma decisão pragmática (quero interpretar simbolicamente) que produz no nível semântico uma nova função sígnica, associando a expressões já dotadas de conteúdo codificado novas porções de conteúdo, o mais possível indeterminadas e decididas pelo destinatário. Característica do modo simbólico é que, caso desistamos de realizá-lo, o texto permanece dotado de um sentido independente no nível literal e figurativo (retórico).⁶³

Umberto ECO aponta que um signo simbólico não deixa de existir caso o destinatário abdique de interpretá-lo como tal. Todavia, é o “uso do texto” por parte do intérprete que irá desvelar as possibilidades de seus significados simbólicos.

Como o símbolo é variável e não há limites estabelecidos entre as relações simbólicas que podem ser elaboradas, há uma infinitude intrínseca ao conceito de símbolo, conjugável com os mais diversos objetos, tendo como critério apenas o “sentido”, ou seja, um significado que possa ser compartilhado.⁶⁴

MONTAIGNE, em um de seus ensaios, denominado "Da experiência" afirmou que "as palavras pertencem metade a quem fala, metade a quem ouve"⁶⁵. Essa singela e metafórica assertiva revela o conceito primário em torno do qual orbita todo o pensamento acerca dos símbolos, nas mais distintas formas de conhecimento. As palavras, sobretudo aquelas em que estão em um contexto simbólico, são propriedades comungadas. Aquele que ouve um discurso simbólico, não usufrui meramente de seu significado dado literalmente. O destinatário recebe o conjunto de palavras e produz significado, que pode ou não ter sido concebido pelo emissor.⁶⁶

⁶³ *Ibid.*, p. 246.

⁶⁴ SAUSSURE, dentro da semiologia, aponta para uma concepção oposta de símbolo concebido pela semiótica. Cf. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1922. pp. 101 e ss.

⁶⁵ MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, vol. III, cap. XIII, “De l’expérience”. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, p. 1201.

⁶⁶ RICOEUR analisa situação correlata à relação entre a propriedade da palavra por quem fala e por quem ouve: "O problema da escrita torna-se um problema hermenêutico quando se refere ao seu polo complementar, que é a leitura. Surge então uma nova dialética, a da distanciação e apropriação. Por apropriação entendo a contrapartida da autonomia semântica, que separou o texto do seu escritor. Apropriar-se é fazer 'seu' o que é 'alheio'." RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*, cit., p. 54.

A sentença de MONTAIGNE se demonstra condizente com trajetória do pensamento acerca da linguagem e, mais especificamente, dos símbolos. Todavia, delinear como se dá a construção compartilhada de significado entre quem fala e quem ouve, quem escreve e quem lê, etc., é uma tarefa que foi empreendida por muitos pensadores de diversos ramos do pensamento, conforme será demonstrado no subcapítulo adiante.

1.4 - O símbolo: definições em distintas áreas do saber

Esboçada uma noção perfunctória de "símbolo", será apresentada mais uma série de definições desse objeto, extraídas da obra de autores que se dedicaram ao tema em diferentes áreas do conhecimento. A multiplicidade de conceitos que se originará desse exercício é proposital, no sentido de que o contraponto entre as delineações será útil como um exercício dialético que permitirá a aplicação ou a elaboração de um conceito⁶⁷. Não se trata de deslocar uma definição extraída de determinado campo do saber e empregá-la dentro do Direito Penal, mas sim extrair desses campos diversos conceitos, materializando uma síntese útil à proposta desta pesquisa. Para a elaboração de um conceito que dê conta de uma ideia ou realidade, é necessário um diálogo com outros conceitos, o que será empreendido neste capítulo, na tentativa de alicerçar uma definição precisa de símbolo dentro do Direito Penal e, por seu turno, de Direito penal simbólico.

Para Paul RICOEUR, uma das maiores dificuldades do acesso direto à estrutura de duplo sentido dos símbolos é que estes pertencem a demasiados e excessivamente diversos campos da investigação.⁶⁸ Parece ser mais acertado definir o que é símbolo dentro de um recorte específico, já que um conceito generalizador tende a ser muito perfunctório, pois o dissenso entre os saberes acerca do símbolo aumenta na medida em que uma análise mais detalhada é feita, o que dificulta uma definição global e, concomitantemente, profunda sobre o símbolo.

Contudo, para se tentar estabelecer o que é "direito penal simbólico", que é o cerne dessa investigação, é interessante trilhar o dificultoso caminho apontado por RICOEUR, lançando olhar para os diversos campos do saber, que servirão de alicerce para a elaboração

⁶⁷ Nesse sentido, a atividade filosófica pode ser enxergada como eminentemente criadora de conceitos, conforme apontam DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Tradução Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1992, pp. 23 e ss.

⁶⁸ RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*, cit., 2000, p. 65.

de um conceito cuja construção ainda parece ser precária dentro da ciência jurídica, apesar da inequívoca observação do fenômeno do simbolismo na legislação penal.

Inicialmente, Umberto ECO aponta que “uma impressão que se experimenta diante dos vários empregos de símbolo em seus diversos contextos é que esse termo não permite a identificação de um núcleo constante, embora generalíssimo de propriedades.”⁶⁹ O autor justifica que essa vastidão decorre do fato de que símbolo, em detrimento de signo, é uma expressão usada na linguagem cotidiana.

Como já foi exposto, todo o conteúdo desse capítulo inicial guarda estrita relação com a hipótese aventada na introdução. Portanto, as definições que forem desveladas abaixo podem ser oriundas de distintas áreas do conhecimento, mas estão de alguma forma dentro de um círculo de possibilidades que tangencia o Direito penal simbólico. Dessa maneira, um juízo de relevância, sobre as mais diversas definições de símbolo pesquisadas, permitiu uma limitação aos conceitos mais pertinentes, expostos adiante.

Ressalva-se ainda que até agora, as expressões símbolo, simbólico e simbolismo foram utilizadas indiscriminadamente. Utilizar-se-ão as definições extraídas do “*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*” de André LALANDE, para uma breve especificação dos sentidos de simbólico e simbolismo, já que conceituar símbolo, como já foi possível notar, é uma tarefa muito mais complexa.⁷⁰ Segundo LALANDE, Simbólico é “1- que emprega símbolos, ou que constitui um símbolo, nos diversos sentidos desta palavra, ‘Escrita simbólica’. 2 - Que não tem o seu valor ou o seu efeito por si próprio, mas como menção de outra coisa ‘um gesto simbólico’.”⁷¹ Por seu turno, Simbolismo é “1 - Emprego de símbolos

⁶⁹ ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 198.

⁷⁰ Umberto ECO afirma que “Um dos momentos mais patéticos na história da lexicografia filosófica é precisamente aquele em que os redatores do dicionário filosófico de Lalande se reúnem para discutir publicamente a respeito da definição de símbolo. (...) Mas não conclui (sobre o que é símbolo): a conclusão indireta a que Lalande convida é que o símbolo são muitas coisas, e nenhuma. Em síntese, não se sabe o que é.” ECO, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*, cit., p. 196. A título de curiosidade, já que Eco parece ter razão em suas críticas, vejamos as conclusões de Lalande sobre o símbolo: Sinal de reconhecimento, formado pelas duas metades de um objeto quebrado que se reaproximam. 1 - Aquilo que representa outra coisa em virtude de uma correspondência analógica. Diz-se 1º dos elementos de um algoritmo rigoroso “os símbolos numéricos, algébricos”. De todo sinal concreto que evoca (por meio de uma relação natural) alguma coisa ausente ou impossível de perceber: “o cetro, símbolo da realeza”. 2 um sistema contínuo de termos em que cada um representa um elemento de outro sistema “um símbolo é uma comparação de que apenas nos é dado o segundo termo, um sistema de metáforas seguidas.” LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 12ª edição, Paris: Presses Universitaires de France, 1976, pp. 1080 a 1082. Todavia, a crítica não é aplicável as definições de simbólico e simbolismo, suficientes para a demonstração proposta.

⁷¹ LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, cit., pp. 1079-1080.

‘...o vestuário desempenha um papel importante no simbolismo político e jurídico’.”⁷²

A escolha da palavra simbolismo no título tem por intuito esclarecer que o uso de símbolos dentro do Direito penal não se resume ao “Direito penal simbólico”, pois essa expressão adquiriu um caráter pejorativo, representando uma tendência de desvirtuamento da eficácia da legislação criminal, embora o fenômeno, ao menos em nossa hipótese, não se resume à produção de leis. Em suma, a palavra simbolismo faz referência ao uso dos símbolos, em sua totalidade, o que parece ir além do que se entende por Direito penal simbólico.

De partida, será feita uma análise interdisciplinar do conceito de signo, lançando mão da psicologia. Carl JUNG apontava que as palavras ou imagens simbólicas possuem implicações que vão além de seus significados manifestos e imediatos, havendo um aspecto “inconsciente”, que nunca é precisamente definido ou de todo explicado.⁷³ O símbolo, na psicologia analítica de JUNG, pressupõe um duplo funcionamento: inicialmente de uma função psíquica que o cria, bem como de uma função que o interpreta. Cabe anotar que a concepção junguiana que evidencia a dubiedade dos significados aparentes e latentes dos símbolos, também é observada, sob um escopo psicanalítico – em que o simbolismo está ligado ao componente onírico da psique - na obra de Sigmund FREUD.⁷⁴

Um dos maiores estudiosos dos símbolos foi o filósofo Alfred WHITEHEAD. Para ele, o processo simbólico dentro da mente humana ocorre quando componentes de sua experiência evocam “consciência, crenças, emoções e usos, a respeito de outros componentes da sua experiência.”⁷⁵ Para WHITEHEAD, há uma dimensão política do simbolismo, uma constatação que é feita de maneira geral, atribuível às mais diversas formas de utilização de aparatos simbólicos. Todavia, tal assertiva é crucial para a análise do Direito penal simbólico, enxergado, em hipótese, como uma manipulação política do ordenamento penal.

A dimensão política mencionada por WHITEHEAD, está centrada nas formas com que grupos de interesse, segundo o antropólogo Abner COHEN, “manipulam diferentes

⁷² *Ibid.*, pp. 1080-1081.

⁷³ JUNG, Carl. *O homem e seus símbolos*. Tradução de Maria Lúcia Pinho. 7ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 20.

⁷⁴ Marcelo NEVES explora, dentro de uma ótica do Direito, o simbolismo freudiano. Cf. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 21.

⁷⁵ WHITEHEAD, Alfred North. *Simbolismo, o seu significado e efeito*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 18.

formas simbólicas e diferentes padrões de comportamento simbólico para articular funções básicas de organização, tais como diferenciação e comunicação.”⁷⁶

Sob a ótica da ciência política, Murray EDELMAN analisou especificamente as formas como a política se apropria dos símbolos.⁷⁷ Estes, segundo o autor em uma visão possivelmente extremada, não possuem significados imanentes. A sociedade e, por consequência o homem, são detentores dos significados que são criados e comungados por determinada coletividade. Essa proposição do significado transcendental de um símbolo merece ressalvas, no sentido de que um símbolo sempre careceria de um significado mínimo, de uma noção que o esboçasse, necessitando de uma perpétua conceituação.

Pode-se entender, em raciocínio contrário, que o símbolo adquire significado, ainda que uma superficial noção, no momento em que um consenso é estabelecido sobre ele. Obviamente, tal símbolo pode crescer semanticamente, mas sempre em torno desse incipiente "marco zero", que é a noção consensual que foi atribuída inicialmente a ele.

Porém, levando em consideração essa maleabilidade dos conteúdos simbólicos, conforme a provocativa concepção de EDELMAN de que seus significados são transcendentais, pode ser moldada pelo exercício político, ao usar determinados símbolos, ou, no aspecto que mais nos interessa, no momento em que as próprias ações políticas se comportam simbolicamente, inspirando interpretações de seus significados latentes. As interpretações relativas a símbolos não podem ser rigidamente delimitadas, pois é da essência de um símbolo uma extrapolação de seus significados prévios, todavia, é possível prever com relativa segurança como a sociedade irá interpretar um conteúdo simbólico, pelos sinais manifestados nas opiniões e comportamento do corpo social.

Uma vez apresentadas definições de símbolo de áreas do conhecimento como a semiótica, filosofia, psicanálise e a ciência política, já há um arcabouço teórico sobre a compreensão dos símbolos, que será cotejado com a realidade do uso dos símbolos no Direito penal.

1.5 - A dicotomia entre instrumental e simbólico

⁷⁶ COHEN, Abner. *O homem bidimensional*. Tradução de Sônia Correa. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 11.

⁷⁷ EDELMAN, Murray. *The symbolic uses of politics*. Marshall: University of Illinois, 1977.

A exposição de um acervo conceitual acerca dos símbolos permite um avanço teórico em direção a uma distinção essencial para a compreensão da representação simbólica. Tal distinção se insere no binômio formado por instrumentalidade e simbolismo. Essa classificação basicamente difere as ações - aqui, especificamente políticas - quanto aos seus efeitos.⁷⁸

Em uma ação voltada à instrumentalidade há um direcionamento teleológico da conduta empreendida, que se volta a fins estabelecidos, os quais representam algum tipo de modificação na realidade. Há, portanto, um efeito externalizado que é imediatamente observável dentro do panorama social.

Por seu turno, a ação simbólica possui um caráter conotativo, agindo sobre a percepção da conduta por parte da sociedade. Dessa forma, há uma prevalência da atuação sobre a forma como a realidade é enxergada, em detrimento da atuação sobre a própria realidade, compreendida, metaforicamente, como um palco de modificações. Assim, os efeitos oriundos de uma ação simbólica só seriam mediatemente observáveis na realidade, pois em um primeiro momento eles estariam condicionados à percepção, que uma vez modificada, poderia ensejar a modificação da realidade, por meio de reações.

MARCELO NEVES pondera que as funções simbólica e instrumental são preponderantes e se misturam em uma norma, por tal razão, não há exclusividade de uma delas em detrimento da outra no plano fático.⁷⁹

⁷⁸ Marcelo NEVES apresenta uma tricotomia elaborada por GUSFIELD que classifica as ações em simbólicas, instrumentais e expressivas. A última categoria não será levada em consideração no presente trabalho, em virtude da utilização de uma categorização proposta por Edelman, que será esboçada mais a frente, em que a função expressiva se confunde com a simbólica. No entanto, cabe extrair um excerto da "Constitucionalização Simbólica", em que o jurista brasileiro discorre especificamente sobre a distinção apontada por GUSFIELD entre instrumental e simbólico: "Diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente. Como bem observou Gusfield, 'a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo'. Na denotação há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo; na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto, e prevalece em relação a esse." Cf. *A constitucionalização simbólica*, cit., pp. 22-23.

⁷⁹ "Assim, 'legislação simbólica' aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da afetividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental." NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 23.

Há que se ressaltar, no entanto, que mesmo ao se lançar mão de uma ação predominantemente simbólica, por exemplo, uma lei, para atuar apenas na percepção da realidade que é compartilhada pelo corpo social, haverá uma necessária mudança dessa realidade. Isto porque a visão compartilhada acerca de algo não é imanente, pois ela acaba ultrapassando o mero juízo de valor e ensejando reações na prática. As condutas estão mais ligadas à maneira como o mundo é enxergado, do que como ele realmente é. Assim, corriqueiramente, leis são utilizadas como espécies de lentes de distorção, fomentando percepções enviesadas na sociedade que, por sua vez, parece ser sensível a esses tipos de embustes, apoiando ações que a confortem.

1.5.1 - Um excursus ilustrativo: a homeostase dos riscos

Em demonstração do que foi apontado, pode-se utilizar como exemplo, uma hipotética lei que proibisse a concessão da "saída temporária" de detentos, o que é usualmente veiculado erroneamente na mídia como "indulto". Fato é que a desaprovação social desse benefício é notadamente acentuada.⁸⁰

A sensação que essa nova lei transmitiria aos cidadãos seria a de maior segurança nas ruas, ainda que não haja qualquer relação direta entre o número de apenados em regime semiaberto que estão em saída temporária e o índice de crimes naquele período de tempo, que é o único fator que consegue determinar com alguma precisão⁸¹ os níveis de criminalidade. Assim, pouco importa se a criminalidade cresça concomitantemente à proibição da saída temporária, pois a percepção de que a sociedade estará com menos "criminosos" satisfaz a população. Tal norma age sobre a percepção dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, impõe uma modificação na realidade, que é o impedimento da saída temporária aos detentos.

Há, no entanto, um segundo possível efeito dentro da realidade, decorrente da sensação de segurança proporcionada pela nova norma: é plausível crer que os indivíduos terão um decréscimo na sensação de medo e suas condutas serão menos cuidadosas em

⁸⁰ Todavia, poucos sabem que tratam-se de indivíduos que já estão no regime semiaberto e que há uma deturpação nos índices de encarcerados que não retornam depois da concessão o cálculo é feito levando-se em consideração o número total de indivíduos que não retornam, sem que se subtraia a média daqueles que não retornam à prisão, em períodos normais, já que eles apenas pernoitam na prisão.

⁸¹ As cifras negras e os indiciamentos incorretos são alguns fatores que prejudicam a mensuração precisa da criminalidade.

relação a crimes, sobretudo os patrimoniais.⁸² Obviamente, mudanças de rotinas facilitam ou dificultam ações como furtos, roubos, extorsões mediante sequestros e outros crimes do gênero. Um possível relaxamento em relação a tais ameaças, em virtude da nova norma, pode fazer os índices desses crimes aumentarem, já que o implemento deles também passa por um exame de conveniência e possibilidade de sucesso por parte dos autores desses delitos, uma espécie de análise de custo-benefício.⁸³

Em suma, uma medida que atuou de maneira benéfica em relação à percepção e anseio social pode ter na verdade um efeito pernicioso na realidade, pois suprimiu um benefício concedido a indivíduos que já estavam parcialmente inseridos na sociedade, porque se encontravam no regime semiaberto e aumentou o número de crimes, em virtude de um suposto relaxamento das vítimas. Se este dado referente ao acréscimo de delitos chegar à público de maneira maciça, haverá um novo aumento do temor social e alguma nova medida tenderá a ser tomada para modificar não a realidade, mas a percepção dela.

1.5.2 - Referenciais simbólicos e instrumentais

Importante destacar que o simbolismo de determinada ação pode ser necessário para sua legitimação, que, segundo Marcelo NEVES, pode não ser "alcançada com a escolha de meios adequados para a realização de um fim no futuro, mas sim através do agir simbólico-expressivo, mediante o qual o procedimento ganha sentido para participantes e não-

⁸² Ocorre nesse cenário, o que é descrito pelo “Teorema de Thomas”, formulado nos seguintes termos: “Se as pessoas definem certas situações como reais, elas são reais em suas consequências.” Assim, os indivíduos definem a diminuição da violência como realidade e, então, se comportam como assim o fosse, o que pode gerar um acréscimo da violência por razões de conveniência, em virtude da diminuição dos cuidados e estado de vigilância habitual das vítimas. Nesse caso, há uma frontal oposição à noção de “profecia autorrealizável” (ou “efeito pigmaleão”, na psicologia) em que uma determinada percepção acerca da realidade acaba se realizando justamente em razão dos comportamentos que foram direcionados em virtude da interpretação da realidade. Isso evidentemente não se aplica ao exemplo suscitado, pois a percepção de maior segurança (por diminuição da violência criminal) não transforma, por meio de suas consequências plausíveis, a realidade mais segura ou mesmo menos violenta criminalmente.

⁸³ Analogamente, pesquisas demonstram que o uso de cinto de segurança contribui para uma direção mais ofensiva e imprudente, aumentando o número, por exemplo, de atropelamentos (Cf. “the hidden danger of seatbelts” <<http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1564465,00.html>> acessado em 26/09/2012. Há uma “homeostase dos riscos” que pode ser aplicável também ao comportamento menos cuidadoso de indivíduos que se tornam mais suscetíveis a se tornarem vítimas de crimes patrimoniais, em virtude de alguma legislação que incute uma sensação de segurança nessas pessoas, o que poderia deixá-las menos vigilantes.

participantes.”⁸⁴ Tal razão justifica um exame do simbolismo na esfera penal, que parece ir muito além do, tido e havido como pernicioso, Direito penal simbólico. A comunicação simbólica é intrínseca ao Direito, há que se perquirir em que momentos o símbolo é usado de forma perniciosa.

No tocante à produção legislativa, a função simbólica tem por referência manifesta a realidade, sendo nesse escopo, normativo-jurídica, já que ela cria um texto cujo conteúdo é uma norma de cunho jurídico que está atrelada a algum dado fático. Todavia, ainda que haja referência normativo-jurídica, a função simbólica é hipertroficamente voltada a finalidades políticas que não se inserem dentro do contexto normativo-jurídico e que não são apreensíveis numa análise literal da norma.⁸⁵

A linguagem jurídica é performativa, prescrevendo modelos comportamentais e sancionando seus eventuais desvios. Ao examiná-la, Pierre BORDIEU⁸⁶ aponta um cálculo dotado de aguda racionalidade na construção dos textos legais, com características formais que buscam uma transparência no enunciado, com o intuito de transluzir imparcialidade. Todavia, essa “courage transparente” serve como um perfeito tapume, já que a linguagem clara mostra-se perfeitamente apta a esconder sentidos latentes. Quanto mais claro for o sentido literal, mais espaço estará aberto para intenções implícitas na norma, já que sua clareza é uma indiscutível qualidade que acaba, por conseguinte, gerando maior aceitação da norma. Assim, o truque reside em fazer normas simples em sua redação, para que todos entendam, mas que possuam em seu âmago um sentido latente.

Nesse sentido, há extremo simbolismo em uma medida normativa totalmente inteligível, que é a de aumentar o *quantum* das penas de um tipo penal, logo após um crime que suscitou grande comoção pública. A obscuridade não deve ficar na letra da lei, com uma redação incompreensível, mas sim na apreensão dos sentidos latentes, que ficam além do alcance literal. No exemplo do aumento da pena, todas compreendem o ato do aumento da pena em si, expresso na literalidade da norma, todavia, o significado simbólico desse ardil,

⁸⁴ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 20.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁶ A linguagem jurídica possui uma retórica da impersonalidade e da neutralidade. O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador um sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O efeito da universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego de indefinidos e do presente intemporal. Cf. BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, cit. pp. 215-216.

que reside na satisfação da opinião pública, permanece obscuro à apreensão coletiva, por mais que o objetivo de satisfazer a sociedade tenha sido alcançado, muitos indivíduos não dão conta de que essa é a principal, senão única, intenção da norma.

Para Thurman ARNOLD, em tom niilista acerca do direito, “o observador deve saber que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la.”⁸⁷ Inequivocamente, o autor enxerga uma prevalência das funções simbólicas em detrimento das instrumentais. Ele prossegue desconstruindo a ideologia ao Direito, relegando-o a incumbência de promover a aceitação do *status quo*. Marcelo NEVES aponta que no pensamento de Thurman ARNOLD “a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições.” No entanto, em preciosa advertência, o autor brasileiro faz uma crucial distinção entre Direito como simbolismo e legislação simbólica. Segundo ele “partindo-se de que toda atividade jurídica, tanto prática quanto teórica, seja primariamente simbólica, perde sentido o tratamento da legislação simbólica como um problema específico do sistema jurídico.”⁸⁸

A função simbólica é inerente ao Direito. Criticar o simbolismo dentro dele é, no limite, criticar o próprio Direito, visto que ele está impregnado de tal maneira por símbolos, que nem ao menos se pode conceber um plano jurídico que seja totalmente instrumental. Por tal razão, a solução parece se direcionar na distinção do uso de um simbolismo pernicioso do Direito (Penal, nesta pesquisa), já que essa deturpação corresponde a um fragmento de todo simbolismo que permeia o universo jurídico. A ingerência de formas simbólicas no Direito - que é inequívoca, porém é intencionalmente velada e sutil - é brilhantemente expressada na seguinte metáfora:

Seria impensável que uma instituição judicial admitisse oficialmente que se move em todas as direções para satisfazer os valores emocionais em conflito da população a qual presta serviços. Tal admissão surtiria o mesmo efeito que um ato que interrompesse a cena mais importante de uma peça para explicar ao auditório que seu nome é Juan Perez. O êxito da obra de teatro exige que sua ideia apareça real ao auditório. O êxito do Direito, como força

⁸⁷ ARNOLD, Thurman W. El derecho como simbolismo. Tradução de Julio Valerio Roberts. In: AUBERT, Vilhelm (org.). *Sociologia del derecho*. Caracas: Tempo Nuevo. 1971, p. 48.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 26.

unificadora, depende em dar um significado emocional efetivo a ideia de um Direito que seja racional e científico.⁸⁹

ARNOLD prossegue estabelecendo sua visão sobre a função do Direito. De acordo com o autor, pode-se descrever a ciência do Direito como o esforço para erigir um império lógico por detrás dos tribunais, um império onde os ideais contraditórios apareçam como coerentes.⁹⁰

De fato, a realidade social escapa à lógica. Visto sob um prisma totalizante, nota-se que o direito é uma grande amálgama de incongruências. Eis que surge a ciência jurídica com a função de implementar uma certa logicidade ao Direito. No entanto, todo esforço para edificar uma estrutura normativa é arriscado quando perniciosas sutilezas são empregadas dentro da legislação, como em situações nas quais sentidos latentes são suscitados em leis manifestamente simbólicas.

Nesse sentido, torna-se difícil cobrar coerência de quem tenha, em um exercício hermenêutico, que conferir lógica a leis simbólicas, que em sua literalidade se propõem a tutelar uma ação, mas na verdade, se voltam para reação da sociedade perante a realidade. Temerário conferir coerência a uma lei que objetiva se mostrar como a resolução de um problema perante a percepção social, ao invés de realmente buscar solucionar o problema. Esta prática deve ser vista como uma excrecência na legislação, mas, ao contrário, ela sido notada como uma tendência, já que, cada vez mais, o legislador consegue aferir os anseios populares, uma vez que as tecnologias ligadas à informação têm permitido um acesso cada vez maior às opiniões.

ARNOLD aponta ainda como os ideais abstratos do Direito exigem, para serem publicamente respaldados, uma conduta simbólica. "Só assim podem lograr êxito na apresentação dramática necessária para convertê-los em forças motoras da sociedade."⁹¹

O desencantamento acerca do Direito em sua função instrumental, na obra de ARNOLD, ainda que não pareça merecer um compartilhamento integral, auxilia numa visão mitigada das possibilidades do direito positivo como modificador da realidade. Nesse sentido,

⁸⁹ ARNOLD, Thurman W. *El derecho como simbolismo*, cit., p. 51.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ ARNOLD, Thurman W. *El derecho como simbolismo*, cit., p. 50.

também MARCELO NEVES faz ressalvas ao alcance da concepção instrumental do direito, "no sentido de que as leis constituem *meios* insuperáveis para se alcançar determinados *fins* “desejados” pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório.”⁹²

1.6 - Um aparte terminológico: eficácia, eficiência e efetividade

Como fim deste capítulo versando sobre instrumentalidade e simbolismo, buscar-se-á estabelecer uma diferenciação entre os conceitos de eficácia, eficiência e efetividade. Dessa forma, será possível explicitar a razão que justificou a escolha da expressão “efetividade”, como a principal carência das normas simbólicas, notadamente inefetivas em relação à sociedade.⁹³

Na tríade terminológica eficácia, efetividade e eficiência, é imperioso descartar de antemão a última expressão, incluída mais em razão de ser foneticamente parecida com as outras duas palavras, do que por seu significado. Eficiência pode ser entendida como a capacidade de conseguir o melhor resultado com o mínimo de esforço, ou seja, está ligada a rendimento, o que não guarda vínculo direto com o escopo da pesquisa. Dentro da seara penal, a ideia de eficiência faria sentido, por exemplo e em um plano abstrato, no cotejo de duas normas em dois locais hipotéticos com condições idênticas, para diminuir a prática de um crime: no local A, aplica-se uma pena de prestação de serviços comunitários, ao passo que no local B, aplica-se, para o mesmo crime, prisão perpétua. Nota-se que a diminuição dos delitos é equivalente em ambos locais. Conclui-se, portanto, que a pena do local A possui

⁹² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 29.

⁹³ Marcelo NEVES pondera (corroborando o posicionamento delineado no presente trabalho) que “a legislação simbólica não se delinea, quantos aos efeitos, tão-somente em um sentido negativo (ao contrário da definição do presente trabalho, que opta por retratar o simbolismo como falta de efetividade, o autor vê como sentido negativo a falta de eficácia normativa). Há atos de legislação e textos normativos que têm essas características, sem que desempenhem nenhuma função simbólica. Basta lembrar o fenômeno do desuso, o qual atinge a própria “validade” (pertinência) da norma em sentido técnico-jurídico. A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica. Não se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como a exerce e pelo modelo de comportamento que influencia.” Cf. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 53.

mais eficiência, pois teve a mesma efetividade (que será definida mais abaixo), com um dispêndio econômico e uma danosidade muito menor.

Por seu turno, a expressão “eficácia” será utilizada no texto como capacidade de atingir um resultado pretendido. Todavia, em um contexto específico, de eficácia jurídica, o que significa dizer que ela possui aplicabilidade sob o ponto de vista normativo, o que Marcelo NEVES chama de eficácia no sentido “jurídico-dogmático” que, segundo ele, refere-se “à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou melhor, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. A pergunta que se põe é, nesse caso, se a norma preencheu as condições intra-sistêmicas para produzir os seus efeitos jurídicos específicos.”⁹⁴

Por fim, a efetividade é aqui entendida aqui como capacidade de modificação da realidade por meio da consecução da teleologia do ato. A efetividade refere-se “à implementação do “programa finalístico” que orientou a atividade, isto é, à concretização do vínculo “meio-fim” que decorre do ato.”⁹⁵

Aplicando-se os conceitos, pode-se pensar na prática do aumento da pena de um crime, que é feito baseado na suposição (errônea) de que a norma passará a ser observada, o que significa dizer que haverá uma diminuição na quantia de vezes que condutas se adequarão ao tipo penal, ou seja, a intenção do acréscimo no rigor da lei visa fazer com que os indivíduos se sintam desencorajados a praticar a ação ou omissão que a norma descreve.⁹⁶

No âmbito penal, a eficácia da norma no sentido de seu cumprimento está contido dentro da efetividade. Isto porque esta última diz respeito a capacidade de se atingir um objetivo, alcançar a finalidade da norma que é a diminuição da violência com o decréscimo daquela prática delitiva. Há hipóteses no Direito, que possibilitam que uma norma possua a eficácia “sociológica” ou vigência social, como define Marcelo NEVES, mas sem que haja

⁹⁴ O autor postula ainda um sentido “sociológico” para eficácia, no qual esta última “diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma. A pergunta que se coloca é, então, se a norma foi realmente “observada”, “aplicada”, “executada” (imposta) ou “usada”. É essa questão que interessa aqui, ou seja, o problema da eficácia em sentido “empírico”. Cf. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 43. Optou-se no presente trabalho, por não utilizar esse significado duplo de eficácia, já que a concepção de “eficácia sociológica” parece estar inserida automaticamente dentro do plano da efetividade, no que diz respeito aos tipos penais, que são as normas interessantes a esta pesquisa.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁹⁶ Pode-se usar como exemplo o clássico artigo 121 do Código Penal: “matar alguém” é a descrição que vem acompanhada de uma sanção, que serve para desestimular a conduta. Em uma lógica tacanha, quanto mais gravosa a sanção, mais desestimulante ela seria, portanto, mais eficaz, já que seria mais observada. Porém esse raciocínio esquece de algumas variáveis, como a aplicação prática da norma.

uma mudança na realidade⁹⁷, ou seja ela carecerá de efetividade. Todavia, se pensarmos em tipos penais, que são os objetos do presente estudo, não há como cindir a eficácia social (a observância da norma pelos indivíduos) da efetividade (a consecução de sua finalidade e, portanto, a mudança da realidade).

Se os indivíduos observarem um tipo penal e deixarem de cometer o crime previsto por ele, a norma terá eficácia social e, automaticamente, efetividade, já que haverá uma modificação dos índices de cometimento daquele delito, ou seja, uma modificação da realidade.⁹⁸ Por tal razão, dentro do presente estudo, utilizar-se-á a concepção de que as normas penais simbólicas carecem de efetividade, o que implica, necessariamente, que os tipos penais dotados dessa proeminência simbólica carecem também de eficácia “sociológica”.

Em suma, há eficácia (jurídica) nesses tipos penais, porém é notável que tais normas não são aptas a diminuir o nível de criminalidade, já que não são mais observadas em razão do recrudescimento. Inexiste dessa forma, efeitos modificadores da realidade, que é o que se entende aqui por efetividade. Indiscutível, no entanto, que a legislação simbólica cria efeitos consideráveis sobre a percepção da realidade, podendo se falar em um simulacro de efetividade, que atua apenas na mente dos indivíduos que creem que o endurecimento penal é a saída para a diminuição da violência.

⁹⁷ Um exemplo disso é uma norma que obrigue uma declaração mais detalhada de determinado tributo (como o Imposto de Renda). Os indivíduos podem cumpri-la (haverá então eficácia), todavia sua finalidade (diminuir a sonegação) pode não ser alcançada, porque novos meios de burlar o sistema podem ser encontrados ou simplesmente porque os dados que passaram a ser exigidos não estão aptos a auxiliar a fiscalização que previna a sonegação. Assim, ela não teria efetividade, ainda que eficaz.

⁹⁸ Marcelo NEVES, quanto aos fins das normas jurídicas, aponta três possibilidades, quais sejam, efetividade, inefetividade e antiefetividade. “Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será efetiva quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo “se-então” previsto abstratamente em uma lei antiinflacionária pode estar sendo regularmente concretizado nas relações sociais, sem que haja nenhuma modificação significativa no aumento dos preços, tem-se, portanto, eficácia sem efetividade. Há também a possibilidade de a legislação antiinflacionária (para permanecer no exemplo) ser intensamente eficaz, mas provoca uma relevante alta de preços, implicando, portanto, antiefetividade.” Cf. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 48. Entende-se, neste trabalho, que uma vez eficaz, o tipo penal só pode efetivo, em relação a diminuição da violência com o decréscimo da conduta descrita naquela norma (obviamente não é razoável esperar que um tipo penal esteja apto a resolver todo problema da violência). Assim, a inefetividade e antiefetividade de uma norma não pode ser aplicado na hipótese de uma norma eficaz (nos planos jurídico e sociológico).

2 - A DUALIDADE NOS PROCESSOS POLÍTICOS DE DECISÃO E LEGISLAÇÃO

O método genealógico presente no pensamento de Michel FOUCAULT expõe a estreita ligação entre saber e poder, de como há uma simbiose entre essas dois “espaços”⁹⁹ de manifestação do ser humano. O pensador francês afirma, acerca disso, que “se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e poder.”¹⁰⁰

O saber é produzido mediante regras estabelecidas por relações de poder, as quais lhe conferem validade. As verdades obtidas por meio dos saberes, remetem ao poder e vice-versa, já que, para FOUCAULT, inexistem relações de poder sem uma constituição correlata de um campo de saber, bem como não há saber livre de relações de poder, este que, portanto, é relacional e não essencial. Isso implica afirmar que os critérios de verdade que formam o saber não são extraídos aprioristicamente, mas são construídos historicamente. As configurações de poder estabelecem as verdades que sustentam os saberes.

Esse breve panorama foucaultiano serve como pano de fundo para discorrer sobre a atuação política, sobretudo em seu aspecto de elaboração normativa. Os políticos orbitam nessas instâncias coligadas, quais sejam, o saber e o poder, manipulando instrumentos de dominação, como as forças armadas, a ciência, imprensa e, em um plano regulador de áreas como as dos três exemplos anteriores, há o Direito, que conjuga de forma sobremaneira evidente o poder e o saber, imiscuídos dentro de seu cerne. Existe uma amálgama dentro de uma norma jurídica, composta por um lado, pelos saberes que justificaram a escolha de determinadas medidas (por exemplo, os dados e argumentos que permitiram a implementação de um conjunto de leis ligados a uma determinada política criminal) e, por outro lado, seu poder, sobretudo o coercitivo que decorre da sanção pela inobservância a uma norma.

⁹⁹ As aspas se justificam em razão da ausência de essência, a carência ontológica das categorias “saber” e “poder”.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 23.

A elaboração das leis é eminentemente um processo político,¹⁰¹ haja vista que tanto do ponto de vista formal (referente aos procedimentos que regem a criação normativa e os protagonistas desses atos) como sob o prisma material (a necessidade de sopesamento de custos e benefícios e a capacidade de modificar determinada realidade que uma lei pode proporcionar), a gênese da lei se insere num processo decisório que conjuga, em tese, uma relação de técnica e discricionariedade empregada por um corpo de indivíduos eleitos que são competentes, ao menos do ponto de vista formal, para tal empreitada.

A norma advém do conflito, promovendo o diálogo entre grupos e interesses. François EWALD, discípulo de FOUCAULT, observa um caráter prudencial no Direito, já que há uma consideração a respeito dos efeitos na norma quando aplicada à realidade. Todavia, dentro de um regime de produção da verdade que lastreará as normas, estas não mais dependem de um referencial objetivo calcado na realidade, mas de um mero reportar-se ao outro, a quem apreende o sentido (subliminar no caso de uma norma simbólica). Tome-se o exemplo do autor, segundo o qual na política nuclear internacional as armas servem para não serem usadas, apenas para influenciar no cálculo das intenções dos poderes envolvidos.¹⁰²

As normas simbólicas não se aplicam à realidade e, no limite, não são feitas para serem usadas, já que muitas vezes não possuem a mínima aplicabilidade. Elas são feitas para causarem um impacto positivo na sociedade, sem que precisem sair do plano do dever-ser. Aludindo à analogia feita por EWALD, pode-se pontuar que as armas nucleares estabelecem uma relação de intimidação que permite uma barganha com os demais poderes envolvidos, apenas calcada em seu potencial já que elas não são utilizadas. Por seu turno, as normas simbólicas também, assim como as armas nucleares, têm seus efeitos eminentemente calcados no potencial – na verdade inexistente – que o corpo social credita a elas, como aptas a modificar a realidade.

Por mais que as funções das normas possam ser elencadas em ações como regular, prescrever, salvaguardar, sancionar... em última análise, toda teleologia de um comando normativo está inserida dentro do significado de um verbo, qual seja, solucionar. O atrito ou potencial para tanto, clama pela normatização jurídica (há normas em relações que, em um primeiro momento, prescindem do Direito; exemplos são vastos, como os deveres de

¹⁰¹ O tema de elaboração de leis só será tratado *en passant*. Sobre o assunto, Cf., por exemplo, SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰² EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986, p. 597.

determinado credo, a etiqueta ou as regras de algum jogo).

Assim, em uma assertiva que pode soar temerária em virtude de sua generalização, é possível afirmar que todas as normas jurídicas (até mesmo as estruturais, principiológicas ou que versam sobre fundamentos) são soluções.¹⁰³ “Normalizar consiste em determinar uma referência ou um modelo para um objeto ou uma atividade. Se há necessidade de uma norma, é porque não há uma referência natural para este objeto.”¹⁰⁴ As normas agiriam sobre determinados problemas, que, algumas vezes, são meras questões técnicas, mas que necessitam de uma resposta, por exemplo, a data de entrada de vigência de determinado diploma.

2.1 – A desfiguração do conteúdo material da normas jurídicas

Elucidar um problema, por sua própria acepção, pode não ser tarefa das mais simples, e isto não seria diferente no Direito. Assim, já surge um empecilho inicial na elaboração legislativa, encontrar uma norma jurídica que esteja apta¹⁰⁵ a resolver um problema da realidade. Elaborar uma solução extraída do plano do dever-ser¹⁰⁶ aplicável ao ser, em uma análise kelseniana.

Tamanho é o número de variáveis que se entrelaçam dentro do tecido social, que até leis que versam sobre assuntos simples, necessitam de considerável esmero em sua elaboração, haja vista que seus efeitos não se limitarão a situação pontual que suscitou a criação da norma, já que o campo de influência de uma norma dificilmente pode ser mensurado. A complexidade da elaboração da lei não reside apenas na qualidade do conteúdo a ser criado. O próprio processo de aprovação é complexo, permeado por fases de discussões e votações. Tudo isso em uma estrutura rígida que proporcionaria, em tese, um produto final suficientemente debatido e maduro para sua aplicação na realidade. Além disso, todos esses procedimentos garantiriam a isenção da norma criada, confeririam legalidade à lei neófita.

¹⁰³ Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR aponta, em um sentido semelhante, o protagonismo da decidibilidade no Direito. Cf. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 88-91.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 592.

¹⁰⁵ Ou que dê a impressão de estar apta, eis a distorção do “Direito penal simbólico”.

¹⁰⁶ Que se divide em três categorias: o obrigatório, o proibido e o permitido.

Há uma técnica legislativa delineada para assegurar a qualidade da lei venha a vigorar, ao menos em seus requisitos formais. Contudo, deturpações dos mecanismos legislativos são rotineiras e ocorrem tanto no plano material, quanto formal, tendo sempre por fim algum tipo de interesse que não se coaduna com as funções de uma norma jurídica.¹⁰⁷

No plano formal (relativo aos trâmites pelos quais passam uma norma jurídica), por exemplo, leis são aprovadas a toque de caixa, ou tem sua aprovação condicionada a alianças partidárias, com permutas nas votações, para que uma lei posterior versando sobre outro assunto também seja aprovada. Há ainda, situações ainda mais graves, como o apoio de parlamentares a uma proposta mediante a compra de votos.

Todavia, é sob o ponto de vista material (no sentido do conteúdo das normas) da elaboração da lei que os desvios recorrentes guardam estrita relação com o presente trabalho: leis cujos efeitos são intencionalmente distintos daqueles que aparentam ter; leis que atuam sobre a percepção dos indivíduos acerca do problema em detrimento de atuarem sobre o próprio problema; a criação deliberada de leis cujo conteúdo é incapaz de representar uma mudança na realidade. Importante ressaltar aqui que a concepção de realidade refere-se ao mundo fenomênico, já que o âmbito mental não diz respeito ao Direito, já que apenas as externalizações do pensamento são relevantes no plano jurídico.

Essas deturpações na criação de normas jurídicas são corriqueiramente recepcionadas de forma positiva pela sociedade. Há uma interpretação e consequente valoração das novas leis por parte da opinião pública. A habilidade do legislador em criar leis que agradam a população rende um precioso capital político, fazendo com que, muitas vezes, uma norma seja criada de tal maneira que ela passa ao largo de qualquer vislumbre de mudança da realidade.

A capacidade de um político lograr êxito (leia-se, perpetuar a si e seus aliados no poder, como o significado do êxito) no jogo que envolve os anseios populares, está diretamente ligada ao uso de instrumentos que manipule o corpo social. Há um imenso cabedal utilizável para tanto, que vai desde obras faraônicas, discursos inflamados, ao culto à

¹⁰⁷ Eduardo BITTAR expõe uma perniciosa utilização das leis como medida política de negociação de interesses intrapartidários e interpartidários. “Um vício imperdoável da cultura nacional, que deposita na ideia de legalidade a miraculosa crença da solução pelo discurso (*lege habemus*), gerando-se uma persuasividade inócua (leis se tornam expedientes ideológicos, retóricos e demagógicos), sabendo-se que sem condições de efetivação política, orçamentária e econômica, que devem ser negociadas com consciência e responsabilidade social, se torna impossível transformar a realidade com uma penada do legislador”. BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

personalidade.

Dentre as diversas formas de angariar simpatia popular, uma das mais perniciosas é recorrer a leis que vão ao encontro do senso comum. É justamente este artifício que guarda relação com o presente trabalho. A princípio, uma lei que não funciona só seria prejudicial por sua omissão. Contudo, o grande problema não está nas leis que não funcionam, mas sobretudo nas leis que quase não funcionam, tendo aplicabilidade reduzida e concentrada a determinado grupo de pessoas, contribuindo para um processo de seletividade, que como será demonstrada mais a frente, é típico do sistema penal.

Como já foi demonstrado, o processo legislativo possui uma complexidade no que concerne aos seus procedimentos e trâmites. Por outro lado, quando se angaria uma maioria de legisladores favoráveis a um projeto de criação ou modificação de uma norma, cria-se uma agilidade na sua aprovação, o que torna a lei simbólica em um instrumento de manipulação rápido e barato.

Apenas para ilustrar a criação oportunista de leis, pode-se pensar em um exemplo inserido no objeto dessa pesquisa, que são as normas penais: há um crime que causa grande comoção nacional, prontamente um projeto de lei que transforma a conduta criminosa em questão em crime hediondo, entra na pauta. Os debates são brevíssimos, rapidamente a proposta tramita entre a Câmara e o Senado e, em curtíssimo lapso temporal, a lei está aprovada.

Os parlamentares que votam em acordo a essa medida se dividem em três tipos: aqueles que compartilham a visão da sociedade, segundo a qual o endurecimento das leis é uma forma de diminuir a criminalidade¹⁰⁸; outros tantos que notam como o voto a favor de uma lei requisitada pela opinião pública pode se tornar um patrimônio político; por fim, há os que conjugam os dois primeiros tipos, em um típico exemplo de união do útil ao agradável.

Uma vez publicizada a aprovação dessa nova lei, será suscitada uma satisfação no corpo social, naqueles que pleiteavam o endurecimento das penas para aquele crime. Essa estratégia reflete o que Marcelo NEVES expõe ao afirmar que, de acordo com EDELMAN (em uma posição acrítica do simbolismo político), "a política simbólica serve antes à harmonia social, reduzindo as tensões e, portanto, desempenhando primariamente uma função

¹⁰⁸ Falácia empiricamente demonstrada no subcapítulo "7.3.1 – Motivação e efetividade dissuasória."

aquietadora do público, (*'political quiescence'*)."¹⁰⁹

2.2 – Os sentidos internos à norma simbólica

O simbolismo no Direito possui uma "prevalência do significado 'político-ideológico' latente em detrimento de seu sentido normativo-jurídico aparente".¹¹⁰ Marcelo NEVES utiliza significado e sentido como sinônimos, diferenciando, em contrapartida, o traço latente e "político-ideológico" que é proeminente na legislação simbólica, do traço aparente e normativo-jurídico. Assim, mesmo se tratando de uma norma jurídica, ela carece de efeitos notáveis que operem no plano do Direito.

Na realidade, justamente sua construção – seguindo os preceitos formais da elaboração de leis – e sua inserção dentro do ordenamento legal dão à norma eminentemente simbólica matizes jurídicas. Falta a ela a efetividade necessária à concreção da sua finalidade específica, pois toda e qualquer norma tem uma razão de ser que motivou sua criação.

Ao contrário, sobejam na norma simbólica, notas "político-ideológicas", ou seja, dotadas de um referencial que se manifesta sobre o ideário da população. A partícula "político" está ligada, conforme este capítulo vem demonstrando, a capacidade do governante angariar simpatia do corpo social, o que lhe conferirá duas vantagens: maior governabilidade durante seu mandato, já que haverá menos pressões sobre o trabalho desempenhado; por outro lado, as ações direcionadas a um ganho político, se exitosas, terão efeito sobre as urnas, rendendo votos para reeleição do político que utilizou desse artifício ou do candidato por ele apoiado.

Por seu turno, na expressão "político-ideológicas", a segunda palavra alude a uma concepção crítica de ideologia, já que esta também poderia ser vista de uma forma neutra,

¹⁰⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 24. GARLAND, por seu turno, afirma que “a formulação de políticas se torna uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva. A elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum.” GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 282-283.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 29.

referindo-se a um plexo de ideias particulares a uma realidade¹¹¹. Todavia, sob o prisma crítico, a ideologia representa uma forma de alienação, pois as ideias reificam-se, adquirindo vida própria e impondo-se aos homens, num processo de assujeitamento.¹¹² A ideologia constitui, dessa maneira, uma forma simbólica de dominação, cujo espectro alcança todos os sujeitos inseridos em sociedade.¹¹³

Há um centro de gravidade pelo qual orbita toda a política simbólica (que tem entre uma de suas características, o uso de ideologias). De acordo com a concepção estritamente crítica de sua utilização, esse centro corresponde a estabilização do *status quo* pelas elites que manipulam a massa ignorante e desorganizada, por meio de satisfações simbólicas. Observa-se nessa crítica, uma visão do governante como títere do povo, sendo que a exígua consciência política da sociedade acaba facilitando a utilização de artifícios, como os mitos políticos ou normas simbólicas. Nessa esteira, GRAMSCI afirma que "uma ideologia política se apresenta não como fria utopia, nem como raciocínio doutrinário, mas como uma criação da fantasia concreta que atua sobre um povo disperso e pulverizado para despertar e organizar a sua vontade coletiva."¹¹⁴

Louis ALTHUSSER aponta que "a ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência."¹¹⁵ A definição do pensador francês vai ao encontro do fenômeno de satisfação da sociedade por meio de atos político-ideológicos, eis que esses estabelecem uma deturpação da percepção dos indivíduos, frente à realidade. Nesse sentido, as "relações ideológicas ocultam, ou representam mal, relações reais, embora ao mesmo tempo designent uma relação vivida e, portanto, real."¹¹⁶

A afirmação infracitada expõe a corrupção da realidade, nas relações ideológicas, o

¹¹¹ Em sua concepção neutra, a ideologia – que é inerente a todo sistema social – assegura a estabilidade da sociedade, assegurando a constituição das normas, costumes, instituições e crenças que fazem referência a cultura da sociedade a qual ela remete, em um processo de resguardo das formas atinentes àquela comunidade.

¹¹² Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *A Ideologia Alemã*, 5ª ed., tradução de José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: HUCITEC, 1986. p. 21.

¹¹³ Acerca do tema, cf. REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. Tradução de Maria da Graça M. Macedo. São Paulo: Martins Fontes, 1972, pp. 77-78.

¹¹⁴ GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 4.

¹¹⁵ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos do Estado: notas sobre os aparelhos ideológicos do Estado*. 2ª ed. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 85.

¹¹⁶ MCLENNAN, Gregor *et al.* A teoria de Althusser sobre Ideologia. Tradução de Rita Lima, In: Centre for Contemporary Studies (org): *Da ideologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p. 111.

que reforça a definição althusseriana de ideologia. Todavia, o excerto vai além, ao propor que, concomitantemente à ocultação ou má representação, a ideologia designa uma relação presente na realidade. Novamente, a afirmação se coaduna com o posicionamento de ALTHUSSER, já que ele também assevera que "a ideologia tem uma existência material."¹¹⁷

Há, então, no pensamento desse autor, uma estreita ligação entre ideologia e vivência, no sentido que a primeira se liga a experiência do indivíduo, das condições materiais que experimenta e que são o pano de fundo para a elaboração de uma ideologia, como um conjunto de ideias descoladas da realidade.

Por mais que a ideologia, como o próprio radical da palavra já demonstra, esteja ligada a uma pluralidade de ideias relativas a algum objeto, é imprescindível que haja um arcabouço fático que suscite a ideologia, o qual funcionaria como uma agregação das vontades e necessidades advindas da realidade dos indivíduos.

Acerca disso, é importante distinguir que a ideologia, imperiosamente ligada à realidade, não necessariamente é verdadeira, visto que a apreensão e codificação dos fatos reais podem ser deturpados nesse processo de formação ideológica. Por tal razão, diversos autores mantêm a já referida posição crítica acerca da ideologia, que para eles, representa uma forma de dominação, uma vez que os discursos ideológicos podem servir de embuste para aqueles que desejam uma mudança da realidade. Ambicionando a modificação, eles se convencem com as ideias propostas, sem imaginar que a aplicabilidade e capacidade delas modificarem o cenário em que vivem é inexistente.

Há, portanto, uma carga demagógica muito acentuada nas ações "político-ideológicas". Elas proporcionam satisfação à população, relegando aos seus efeitos na realidade, uma importância secundária.

2.3 – O mito político

Para Alfred SAUVY, os mitos correspondem a "ideias comumente recebidas, que

¹¹⁷ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos do Estado...*, cit., p. 88.

desaparecem ao serem examinadas.”¹¹⁸ Nessa definição, fica claro o quão perfunctório é o componente de verdade inserido em um mito, que é facilmente desconstruído por uma análise mais detida sobre seu conteúdo. No entanto, em matéria de política, são exceções aqueles que se empenham numa interpretação aprofundada das ações e discursos. Em geral, nota-se uma ausência de racionalidade nas tomadas de decisões da sociedade. Vislumbra-se uma massa acrítica, norteadas mais por critérios emocionais do que racionais.

Pode-se articular a ideologia, que foi abordada no subcapítulo, com um conceito de mito, segundo o qual, os mitos são unidades inscritas dentro de uma ideologia, que a aproximam do povo, pois os mitos inspiram interpretações emocionais. Os mitos, apesar de remeterem ao abstrato, funcionam como a materialização da ideologia, lançando mão de um ideário que é comungado pela coletividade. Nesse sentido, pode-se citar alguns exemplos de mitos que são manipulados no jogo político¹¹⁹: o da Idade de Ouro, representando a possibilidade de ascensão da sociedade a um período de apogeu; do Salvador, como uma figura unificadora cuja liderança levaria a civilização à prosperidade; da Conspiração, que inculca na sociedade a existência de inimigos infiltrados, como elementos disruptivos, que desintegram a unidade social. Essa própria ideia de coesão social tem se mostrado falaciosa ao longo da história e, que, sob o ponto de vista democrático, nem ao menos é desejável, já que o conflito é legítimo e inerente ao progresso da sociedade, deixando de existir, apenas sendo amordaçado, por exemplo, em regimes totalitários, os quais lançam mão desse artilho de escolher inimigos, de propagar a existência de conspirações, com o fulcro de agregar a sociedade em uma causa comum.

Insiste-se ainda sobre o mito da conspiração, pois ele revela o que há de mais primordial na utilização dos mitos políticos, que é o desejo de “extirpar o conflito desagregador de dentro da comunidade.”¹²⁰ Aplica-se uma ideia que remete à teoria girardiana¹²¹ do “bode expiatório”, na estruturação do mito da Conspiração, com a eleição de inimigos sociais e conclamação dos “cidadãos de bens” para se unirem contra esses antagonistas. Nesse sentido, o mito político tem íntimo vínculo com o Direito Penal, extremamente seletivo, no qual se nota a utilização de “bodes expiatórios” como forma de

¹¹⁸ SAUVY, Alfred. *Mythologies de Notre Temps*. Paris: Payot, 1971, p. 10.

¹¹⁹ MIGUEL, Luis F. *Em torno do conceito de mito político*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0011-52581998000300005&script=sci_arttext> acesso em 28/09/2012.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Cf. *A Violência e o Sagrado*. Tradução de Martha Conceição Gambini. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra/Editora da Unesp, 1990, p. 111.

aplar a sanha punitivista da sociedade.

Autores como Gilbert DURAND¹²² demonstram que os últimos séculos foram marcados pelo movimento da ideologia superar o mito¹²³, taxando-o de irracional, sem espaço para as racionalizações concernentes às forças políticas, econômicas. No entanto, a ideologia pretensamente racionalista, nunca abdicou de lançar mão dos mitos para transmitir sua abstração de forma mais inteligível.

O mito político mitiga o critério de racionalidade das decisões políticas. Todavia, isso não implica dizer que a utilização de mitos na política não advenha de uma escolha totalmente racional, já que o efeito do mito, como instrumento simbólico, é notável sobre a população, que é simpática a construções idealizadas, representadas, por exemplo, na figura de um líder salvador, ou de promessas como a da construção de uma “Eldorado”, no sentido de uma sociedade utopicamente perfeita, com fartura e sem contradições.

De fato, não se concebe uma política estritamente racional (pretensão inserida no ideário do positivismo), já que sua atuação na vida dos indivíduos é direta e contínua. Nesse sentido, almejar uma política racional, seria imaginar uma sociedade desprovida de reações emocionais, já que a política não é um campo apartado da vida social, mas sim um plano totalmente colado à realidade e seus acontecimentos. A técnica política tem de conviver com as valorações, que escapam ao escopo da razão. A manipulação de mitos e simbolismos dentro da política é algo que nesse aspecto facilita a interação entre governantes e governados.

O problema, como já destacado, gira em seu uso excessivo e deturpado. Há depreciação da razão em “discursos políticos que se recusam a apresentar propostas de mudança ou de manutenção das práticas e instituições sociais, que prescindem de um *projeto*, colocando em seu lugar uma massa de imagens.”¹²⁴

Essa é justamente a grande dificuldade: não é razoável nem concebível uma extirpação total de práticas simbólicas dentro da política, o que seria mais fácil de se fazer, em

¹²² Cf. *A imaginação simbólica*. Tradução de Rúbia Prates e Sérgio Molina São Paulo: EDUSP, 1988.

¹²³ Para CASSIRER, o mito é um fator de degradação da política, portanto intolerável em seu seio. Este autor concebia uma trajetória da política rumo a uma ciência positiva, ao pontuar que “as gerações posteriores, olhando para trás muitos de nossos sistemas políticos, terão a mesma impressão que um astrônomo moderno quando estuda um livro de astrologia, ou um químico moderno quando estuda um tratado de alquimia.” CASSIRER, Ernst. *El Mito del Estado*. Tradução de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica. 1992, p. 349.

¹²⁴ MIGUEL, Luis F. *Em torno do conceito de mito político*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0011-52581998000300005&script=sci_arttext acesso em 28/09/2012.

relação a uma análise permissiva de práticas do gênero, desde que dentro de critério de razoabilidade. O desafio é estabelecer parâmetros seguros que delineiem em que condições o simbolismo é aceitável dentro da política e, como será visto mais a frente, do Direito Penal, como consequência, já que sua legislação depende da vontade política.

2.4 – Murray Edelman e o uso simbólico da política

Um dos autores que mais analisou os processos de uso simbólico da política foi o cientista político americano, Murray EDELMAN. Sua obra, “The Symbolic Uses of Politics”, publicada pela primeira vez em 1964, lançou bases para a discussão de como os símbolos eram manipulados dentro do jogo político. A tese básica de EDELMAN, nesse livro, é a de que a massa responde, sobretudo em situações críticas, não aos fatos, mas sim aos gestos e discursos que criam o drama estatal, sob a forma de política simbólica. Os indivíduos utilizam seus próprios meios de interpretação para situações que não são claras ou provocam emoções. EDELMAN afirma que “quanto menos definida uma situação ou quanto maior o estímulo emocional que ela suscita, maior será a contribuição da interpretação do preceptor.”¹²⁵

Há então, um campo de atuação promissor para as políticas simbólicas: situações obscuras ou que suscitam emoções, como em casos de grande comoção popular. Nesses cenários, a capacidade de racionalização e compreensão sistêmica dos problemas ficam prejudicadas, e a forma de pensar da sociedade tende a se tornar estereotipada e simplista. EDELMAN aponta que tal comportamento é característico em momentos em que uma insegurança é ocasionada por um desajuste na percepção da realidade por parte da população.¹²⁶

É raro que se possa saber quais serão as consequências concretas de ações e leis, haja vista que há inúmeras variáveis que atuam sobre elas. Interações econômicas, ações de governos e de grupos, respostas psicológicas do corpo social, dentre outros fatores, contribuem para essa incerteza. Todavia, na percepção de EDELMAN, as pessoas lidam com dificuldade com o desconhecido, com eventos e suas consequências que estão na ordem do

¹²⁵ EDELMAN, Murray. *The symbolic uses of politics*, cit., p. 30.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 31.

inconcebível. Assim, há uma propensão em simpatizar com políticos que demonstram dominar e conhecer a relação de causalidade entre suas ações e posteriores resultados. Nas palavras do autor, "há um apoio irrestrito ao governante cujos gestos proclamam que ele pode lidar com o inimigo, ainda que distante de resultados concretos."¹²⁷

Nesse contexto da comunidade se deixar guiar por um líder que aparenta ser capaz de lidar com o inimigo¹²⁸, há dois sentimentos que estão intimamente ligados ao comportamento político¹²⁹. São eles, o entusiasmo e o medo, este último ligado à já mencionada sensação de insegurança. Tais emoções estão ligadas com dois traços observados por EDELMAN¹³⁰ na população, quando da aplicação de medidas simbólicas: *Acquiescence*, em português, aquiescência, mas com um sentido mais aproximado de condescendência e submissão, o que liga essa resposta da sociedade com o sentimento de medo; *arousal*, traduzível como excitação e cujo significado no contexto do livro é de entusiasmo, justamente um dos sentimentos notórios no comportamento político.

Um traço comum a essas duas principais reações emotivas do comportamento político é que elas carecem de uma maturação, são reflexas, contrapondo-se diametralmente a uma análise detida e racional do cenário descortinado. Nessas situações em que há uma compreensão pública vaga. Por tal razão, o interesse comum em medidas de asseguramento e conforto crescerá. Por conseguinte, a suscetibilidade à manipulação política também aumentará.¹³¹

A vagueza observada na compreensão da população acerca de um fato é potencializada no momento em que os políticos oferecem uma resposta em reação ao ocorrido. Novamente, em um exemplo inserido no contexto penal, pode-se pensar em um crime que causa grande comoção popular. Nesses casos, é rotineiro que a imprensa manipule os fatos e distorça a realidade. Além disso, a concepção que o “homem médio” tem da criminalidade é superficial e carregada de achismos, o que é compreensível, já que o Direito Penal lida com sentimentos primitivos do ser humano, o que atrai a atenção e, por conseguinte, a opinião das pessoas.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹²⁸ Há uma aproximação entre o que expõe EDELMAN e duas formas de mito, abordadas no subcapítulo “2.3” desta dissertação. O “governante capaz” alude ao mito do “Salvador” ao passo que o “inimigo” que deve ser combatido remete ao mito da “Conspiração”.

¹²⁹ Cf. CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madri: Alianza Editorial, 2009, pp. 203-204.

¹³⁰ Cf. EDELMAN, Murray. *The symbolic uses of politics*, cit., p. 70 e ss.

¹³¹ *Ibid.*, p. 38.

Esse caldo formado pelos lugares-comuns dos indivíduos mais a distorção dos fatos por parte da mídia – com altas doses de sensacionalismo – cria um panorama de compreensão vaga da realidade. E a reação política (se simbólica), exigida pela população, acaba proporcionando conforto, no entanto, não diminui de fato, a vagueza. Ao contrário, a intenção é de manter nublada a percepção da realidade. Isso é facilmente verificável ao se analisar o vocabulário que é cuidadosamente escolhido para fazer parte de medidas políticas simbólicas.

EDELMAN já notara isso em sua análise, asseverando que os termos utilizados nesses expedientes de exacerbado simbolismo são usualmente dotados de nítida abstração, que fica clara em expressões como "interesse público", "segurança nacional". Essas palavras significam coisas diversas que são especificadas conforme são interpretadas por diferentes grupos em diversos contextos. Essa capacidade de estabelecer um discurso multiforme que engloba uma pluralidade de significados –dependendo de quem é o receptor – é a razão para a eficácia geral desses discursos.¹³²

Quanto a esses discursos, há um ponto interessante, que diz respeito ao legado de significação que eles trazem em si. EDELMAN assevera que o discurso, por mais atual que pareça, carrega em alguma medida um peso morto relacionado as premissas, crenças e valores do passado, pois até mesmo o movimento de quebra de herança discursiva se remete a ela, em um movimento intencional de contraponto, ou seja, quando se critica determinada prática, há uma remissão necessária a ela.¹³³

Esse traço observado pelo pensador americano é facilmente verificável dentro da realidade brasileira, na qual há uma sociedade com fortes traços conservadores, ranço patriarcal e uma realidade de segregação que é histórica e não foi satisfatoriamente superada. A política brasileira ainda é particularmente provinciana, com fortes traços do “coronelismo” e “patriarcalismo” de outrora.¹³⁴ Há ainda o fenômeno do “populismo” – ainda muito destacado na atualidade – que nunca se furtou de utilizar de medidas simbólicas para angariar a simpatia da sociedade. Um governo que satisfaz as demandas públicas, ainda que por meio da ilusão, ganha apoio popular. Essa é a principal riqueza almejada pelos políticos, uma vez que ele se transmuta sazonalmente, a cada quatro anos, em votos e na possibilidade de perpetuação no poder.

¹³² *Ibid.*, p. 116.

¹³³ *Ibid.*, p. 120.

¹³⁴ Acerca desse tema, Cf. BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção: um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ANPOCS. 1995.

Por fim, outro ponto que merece destaque na obra do cientista política estadunidense é uma interessantíssima hipótese formulada por EDELMAN, em “The Symbolic Uses of Politics”. Ele afirma que “são as ações políticas, com considerável ênfase nas ações simbólicas, que forjam os desejos e o conhecimento político da sociedade, e não o contrário.”¹³⁵ Se esta assertiva for correta, as medidas simbólicas não servem como reação à demandas da sociedade, mas apenas como medidas de reassseguramento de um moto-perpétuo em que se satisfaz as pressões públicas ao mesmo tempo em que se reforça a percepção enviesada da sociedade acerca da sociedade, fazendo com que ela clame no futuro, por mais medidas do gênero. Esse círculo vicioso é especialmente pernicioso dentro do Direito Penal, pois neste ocorre um paulatino processo de rigorismo que vai tolhendo garantias e recrudescendo penas, sem que haja melhora na realidade, nos termos de sua finalidade precípua, ou seja, na diminuição da violência contra bens jurídicos penalmente relevantes.

¹³⁵ Cf. Murray, EDELMAN. *The symbolic uses of politics*, cit., p. 172.

3 - A IMPRESCINDIBILIDADE DOS SÍMBOLOS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

Delineou-se no capítulo anterior uma caracterização do conceito de símbolo, em diversas acepções advindas de variadas áreas do conhecimento. Esboçou-se também a manipulação de símbolos dentro da política, justamente o cenário no qual se dá gênese à legislação penal simbólica. Para que este tema, cerne do “Direito penal simbólico”, seja analisado com propriedade, imperioso relacionar de forma mais detida os símbolos e o Direito.

Como demonstrado anteriormente, há peculiaridades no que concerne à noção de símbolo, conforme sua utilização em distintos campos do saber. Cabe neste momento rememorar essas concepções de símbolo, estabelecidas no capítulo inicial desta pesquisa, as quais funcionarão inicialmente como alicerce da verificação dos significados do símbolo dentro do campo jurídico e, a partir disso, empreender uma análise mais detida e específica da utilização dos símbolos no âmbito penal, incluindo a abordagem do fenômeno denominado Direito penal simbólico.

Em virtude do multifacetado sentido da palavra “direito” (tal qual ocorre com a expressão “símbolo”), lançar mão de uma definição do que se entende nesta pesquisa como Direito (ainda que sem uma pormenorização do conceito, que não parece ter espaço no recorte proposto a este trabalho) auxiliará a compreensão de um segundo momento. Neste, aproximar-se-á a noção de símbolo com a de Direito, buscando-se atribuir uma definição particular de símbolo, correspondente ao campo jurídico. Por tal razão, seria impreciso emprestar um conceito de símbolo extraído, por exemplo, da sociologia e aplicá-lo ao Direito. No entanto, o expediente de partir de concepções de áreas do saber que dialogam com o campo jurídico oferece recursos para a construção desse conceito específico.¹³⁶

¹³⁶ Ernst CASSIRER, por exemplo, enxerga o Direito como um fenômeno intimamente ligado com diversos outros gêneros de expressão intelectual, com especial destaque, evidentemente, para a linguagem. Nesse sentido, o seguinte apontamento: “Com efeito, a linguagem, na condição de mediação entre os objetos (e as realidades) e os sujeitos, sempre estabeleceu esta conexão, esta “ponte” entre o ser e o dever-ser. A linguagem se põe como a intermediação possível entre essas duas esferas ônticas. Pois a eficácia, como uma qualidade das normas jurídicas, é a potencialidade da linguagem normativa produzir efeitos na ordem do ser. A validade, por sua vez, caracteriza a forma peculiar de existência da norma, na condição de elemento componente do repertório e da estrutura de um sistema. O que estabelece a conexão entre estas duas qualidades das normas jurídicas é a positividade do sistema, ou seja, a geração sucessiva de cadeias de linguagem prescritiva. Talvez a afirmação ‘a

Assim, no presente trabalho, Direito (no sentido *lato*) corresponderá à definição – que não exige quaisquer comentários, em virtude de sua suficiência e clareza – proposta por Boaventura de Souza SANTOS, segundo a qual:

O Direito é o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.¹³⁷

3.1 - Direito e Justiça

É possível, de início, destacar o caráter simbólico do Direito como um instrumento de persecução da Justiça, por meio dos “princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo.” A abstração do conceito de Justiça, como a conjunção contingente e ponderada de valores norteadores das sociedades – as invariáveis axiológicas, na terminologia de Miguel REALE – faz com que sua compreensão também seja extremamente volátil, o que não deixa de ser uma característica da interpretação simbólica que corresponde à expressão “Justiça”, de significado muito amplo.

Não parece ser correta qualquer concepção naturalística de Justiça¹³⁸, o que faz com que ela tenha de ser observada como adstrita ao historicismo, ou seja, como um ideal concebido socialmente. Nesse sentido, cabe ressaltar que, por mais que se rechace uma perspectiva naturalística da Justiça, não é possível negar que ela adquiriu contornos comuns

linguagem é a ponte entre o ser e o dever-ser’ causasse menos reação entre os filósofos da linguagem do que entre os filósofos do Direito.” In: ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*, cit., p. 40-41.

¹³⁷ SANTOS. Boaventura de Souza. *Discurso e o Poder*: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.72.

¹³⁸ Em uma perspectiva paralela a da Justiça como construção social, não é possível afirmar que o delito seja uma categoria naturalística. Nesse sentido FERRAJOLI aduz que “não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida” In: *Direito e Razão*. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427. A afirmação do jurista italiano é uma generalização apressada (pontuar que todas as condutas lícitas hoje já não o foram implica que uma esdrúxula proibição, por exemplo, do ato de respirar tenha ocorrido em algum momento do passado) que embora não totalmente correta, consegue ilustrar como a concepção de delito se modifica de acordo com a época, espaço e cultura.

nos mais distintos espaços e tempos, caracterizando uma concepção que, embora extremamente abstrata (mas não apriorística), possui uma série de traços que se incorporaram de forma inafastável ao conceito, quais sejam, por exemplo, as noções de equidade, imparcialidade, intrínsecas às mais variadas visões acerca da Justiça.

Há na representação desses traços absolutos um importante uso de uma simbologia material, sobretudo iconográfica, observável, por exemplo, na figura da divindade romana, *Justitia*: a balança e a venda são metáforas que simbolizam, respectivamente, a equidade e a imparcialidade.

Muito além desse sentido figurativo, o Direito, teleologicamente voltado para a Justiça, persegue uma finalidade intangível e, para tanto, necessita de um arcabouço simbólico que justifique sua conformação deontológica, estruturado como um ordenamento cujo conteúdo está estruturado por uma intrincada relação composta, de acordo com a nomenclatura de Robert ALEXY, por regras e princípios.

Paul WOLF observa uma série de funções correspondentes ao Direito moderno que mesclam traços teleológicos-rationais e técnico-instrumentais.¹³⁹ Ele destaca inicialmente que se trata de um Direito positivo, uma vez que um Legislador transforma imperativos advindos das relações sociais em leis. “O soberano cria um Direito positivo, isto é, codificado e expressado simbolicamente”.¹⁴⁰ Por meio da legislação, busca-se dirigir comportamentos, seja por meio de incentivos, permissões ou proibições, com o fim de atingir os efeitos calculados e previstos pelas normas (ainda que tais efeitos sejam ilegítimos).

Em uma visão pragmática do Direito, sua função é a de resolver e prevenir conflitos (litígios). O Direito como regramento surge em um contexto no qual uma coletividade “compreende que uma norma é necessária à solidariedade e é justo que ela seja sancionada”¹⁴¹. Assim, o parâmetro para criação das normas jurídicas, bem como sua posterior aplicação a um caso concreto, é a noção de justo. No entanto, ao se esboçar um elo entre Direito e Justiça, a concepção puramente instrumental do Direito como solucionador de litígios é insuficiente, pois essa instrumentalidade se limita a explicar o funcionamento de um mecanismo que aplica regras a fatos. O vínculo teleológico que liga o Direito à Justiça é de

¹³⁹ WOLF, Paul. Megacriminalidad ecológica e derecho penal simbólico. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995, p. 121.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ REALE, Miguel. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 71-72.

caráter puramente simbólico. Contudo, esse elo – com a Justiça como fim – serve de sustentáculo para que o Direito expresse sua função, qual seja a de dirimir conflitos.

A relação entre Justiça e Direito é simbólica sobretudo em virtude do duplo significado inserido em uma sentença.¹⁴² O veredicto que une os planos do ser ao dever-ser no momento da aplicação de normas a um caso concreto – com o fito de resolver um conflito de uma forma adequada, equânime e imparcial – seria uma possível concretização do ideal de Justiça.

Além do ônus e do bônus distribuídos entre os litigantes, a decisão traz em si outro sentido, relativo ao alcance da Justiça. Contudo, Luigi FERRAJOLI ressalva que “a Justiça perfeita não é deste mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado por parte de um sistema penal não é só ilusória, como também um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária.”¹⁴³

Há, portanto, decisões erradas, em que poderia se afirmar que não houve uma simbolização, uma vez que o uso do Direito não atingiu a Justiça, ou ainda situações em que as decisões são manifestamente injustas, sem falar em ordenamentos que vão de encontro à Justiça, com patentes arbitrariedades, o que poderia tolher de antemão uma decisão justa do juiz, que estaria obrigado a decidir dentro da moldura normativa (nos moldes do positivismo).

Nestas três hipóteses, ainda que distantes do que se entende por justo, possivelmente o ideal de Justiça seria evocado, tanto ao se proferir as sentenças – intencionalmente injusta ou não – ou ainda ao se elaborar o diploma injusto. É possível, no entanto, imaginar a criação de normas por um legislador que expressamente afirma ser arbitrário, o que não causaria grandes dificuldades acerca do caráter simbólico do Direito, pois neste caso, a legislação, manifestada

¹⁴² Sob o ponto de vista da semiótica, a sentença provoca a produção de um novo signo, ao relacionar dois planos distintos: “Quando ocorre a realização da previsão hipotética no contexto social, o objeto do signo normativo o impulsiona, provocando a semiose. A conduta prevista pela norma geral como futura e possível atualiza-se, passa a ser uma conduta real, concretizada no tempo e espaço.” In: ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*, cit., p. 108.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, cit., p. 424. No excerto apresentado, o jurista italiano desvela uma perspectiva utilitária, ao invés de idealista, do que o que implica entender que assertivas como “fez-se a justiça” são meras frases de efeito. A justiça não poderia ser vista de forma fragmentada, apenas relacionada em uma única relação conflituosa, mas de forma sistêmica, em um patamar de complexidade inexpugnável pelo homem. Isso porque, a decisão que botou termo de forma satisfatória na disputa litigiosa entre as partes envolvidas, pode ter sido prejudicial a outras tantas partes envolvidas apenas mediatamente naquela relação, ou seja, uma decisão correta pontualmente pode ser equivocada em um contexto ampliado.

em leis injustas, simbolizaria a busca da “(In)justiça” pelo Direito (este exemplo absurdo serve apenas como ponte para a continuidade da linha de raciocínio).

Mais plausível seria um cenário no qual o legislador afirma que apenas quer resolver disputas por meio de regras, da forma mais pragmática possível, sem que se leve em conta critérios como isonomia, proporcionalidade, dentre outros que fazem parte do ideal de Justiça. Nesse contexto de “Direito-máquina”, de uma suposta instrumentalidade pura, em que há apenas regras aplicadas por um mero critério de adequação ao caso concreto, poder-se-ia conceber alguma forma de uso de símbolos por parte desse “Direito mecanizado”? A resposta é afirmativa, até mesmo nesse exemplo extremado (que foi utilizado justamente para mostrar outro aspecto de manifestação simbólica no Direito, que diferentemente da anterior, não o relaciona com o ideal de Justiça).

A justificativa para se responder afirmativamente à pergunta anterior é a de que o Direito é a forma por excelência da “violência simbólica”, independente de qual seja o mecanismo decisório utilizado na tomada de decisão.

3.2 - O Direito como “violência simbólica”

José Eduardo FARIA, em consonância com a noção do Direito como violência simbólica, aponta uma concepção conferida ao Direito, segundo a qual ele é descrito como uma “trama de símbolos e ideais abstratos, a esconder do homem comum o fato de que os códigos e leis normalmente se movem em múltiplas e incoerentes direções para satisfazer os interesses em conflitos do sistema social que servem.” Esse verniz de coerência e uniformidade, que recobre os meandros em que se ocultam a inconsistência do plano jurídico, acaba conferindo ao Direito o status de “seguro e elástico, justo e compassivo, economicamente eficiente e moralmente equitativo, etc.”¹⁴⁴

A legitimidade do Direito, no sentido de torná-lo hegemônico dentro da sociedade sem que haja o permanente uso da força, decorre da noção, inculcada nos cidadãos, de que a sanção é poder do qual o Estado dispõe para punir quem ousar transgredir suas normas. René

¹⁴⁴ FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e violência simbólica: O direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988, p. 110.

GIRARD aponta, nesse sentido, a função de “vingador legítimo” atribuída pela sociedade ao poder judiciário, o qual transforma a ameaça de vingança em uma “represália única, cujo exercício é confiado a uma autoridade soberana e especializada em seu domínio.”¹⁴⁵

O poder estatal é transmitido como uma violência (que consiste nas diversas formas de sanção) latente, ou seja, como um potencial desencadeado pela inobservância às disposições legais. Há, no entanto, um componente mais sutil de violência simbólica incutida no Direito, por meio da qual ocorre um processo de adequação dos pontos de vista individuais ao senso comum, sobre o qual o Direito consegue se estabelecer, já que há um mínimo de congruência necessário para que se aplique regras. José Eduardo FARIA aponta que esse processo de legitimação do Direito depende do ajuste das opiniões a uma determinada generalização que permite o estabelecimento de uma norma.

A adequação generalizadora das individualidades ocorre por meio da “retórica e pela utilização de um amplo catálogo de *topoi*. Os regimes políticos e os sistemas legais tidos como legítimos constituem um universo simbólico em torno de certos lugares comuns”¹⁴⁶. Dentre as bandeiras que se invocam para legitimar o Direito, há, certamente, um papel de destaque no abstrato conceito de Justiça. No entanto, outras justificativas tais como o bem-estar, liberdade, progresso, ordem social, etc., são suscitados como dependentes do estabelecimento e observância do Direito.

José Eduardo FARIA afirma que a violência, como sinônimo de repressão, não pode se confessar como tal, por ser “expressão da força nua e não da lei”. Nesse processo para se escamotear a repressão, busca-se fundar uma ordem “sobre uma lei aceita e interiorizada”. Desse modo “a relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica”.¹⁴⁷

Diante desse panorama de legitimação do Direito, por meio da violência simbólica, o poder deixa de ser, como há pouco demonstrado, uma espécie de potencial da violência. Acerca dessa mudança de concepção, FOUCAULT aduz que o poder¹⁴⁸, no que diz respeito ao Direito, não é derivado mais da possibilidade do uso da uma violência física, como outrora,

¹⁴⁵ Acerca da vingança institucionalizada, observada por René GIRARD, cf. CONTRERA, Maria Segura. *Mídia e Pânico: Saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Fapesp, 2002, pp. 98 e ss.

¹⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e violência simbólica...*, cit., p. 108.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 125.

¹⁴⁸ Poder que implica numa relação ambivalente de dominação e submissão que se estende pela sociedade como uma intrincada rede – ou “rizoma”, na metáfora concebida por Gilles DELEUZE.

mas da manipulação ideológico-simbólica, o que possibilita a gênese de processos de consentimento e interiorização das normas.

BORDIEU também observa o decréscimo da violência física no exercício do poder, sobretudo em sua centralização estatal e normativização. Nesse contexto, surge o que ele chama de violência simbólica, que, concomitantemente, depende e fomenta a internalização da repressão, com especial destaque, neste diapasão, pelos limites estabelecidos pelo Direito nesse processo.¹⁴⁹

O autor também afirma que “o direito é a forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.”¹⁵⁰ Contudo, o contínuo processo de incorporação das normas, ou seja, da violência simbólica do Direito, permite que a combinação deste com a violência física se torne excepcional. FOUCAULT expõe com precisão essa relação em “Vigiar e Punir”¹⁵¹, ao mostrar como a pena de suplício foi cedendo espaço nos últimos séculos à pena de privação de liberdade.

De fato, como demonstrado brevemente e sem a pretensão de esgotar as possibilidades do simbolismo no plano jurídico, o uso de símbolos é intrínseco ao Direito e, por ser parte constituinte dele, não cabe valorar se o simbolismo no Direito é positivo ou negativo, pois o símbolo é pressuposto da existência do Direito, não parecendo ser possível conceber uma construção jurídica dotada exclusivamente de instrumentalidade.

3.3 – O simbolismo penal

No Direito penal também há a utilização de símbolos da mesma forma que no Direito em sua totalidade, pois o Direito penal é um conteúdo harmonizado com as características mais genéricas de seu continente. Notam-se, por outro lado, formas específicas de simbolismo dentro do escopo do Direito penal, inobserváveis em outros ramos ou mesmo no Direito como um todo.

¹⁴⁹ Vide POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, pp. 65-66.

¹⁵⁰ BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, cit., p. 211.

¹⁵¹ Cf. no original: FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1999.

Algumas dessas formas são inerentes à própria estrutura básica do que se concebe como Direito penal, ao passo que outras são contingentes, estando presentes de forma notável apenas em determinados contextos. Estas formas conjunturais permitem um juízo de valor acerca dos eventuais malefícios e benefícios que elas proporcionam ao Direito penal. Nesse contexto de uso dos símbolos circunstancialmente, parece estar inserido o que se entende por “Direito penal simbólico”¹⁵², que será esmiuçado após uma análise mais ampla do simbolismo, que, ressalta-se, é definido aqui como o emprego de símbolos dentro do Direito penal.

Imperioso, antes de se prosseguir na análise do simbolismo no Direito penal, proceder com metodologia semelhante a empreendida anteriormente, na qual foi exposta uma definição de Direito, selecionada como forma de evidenciar ao interlocutor qual o significado atribuído à expressão Direito, notadamente polissêmica, no presente estudo. Neste diapasão, cabe expor a definição que exprime o que se entende neste trabalho por Direito penal, em sua integralidade, não se restringindo neste momento a o que é “Direito penal simbólico”. Este será posteriormente definido, mediante a construção de um conceito, em detrimento de uma mera remissão a alguma definição doutrinária.

Remetendo-se, pois, a difundido conceito (influenciado à concepção delineada por VON LISZT¹⁵³) na doutrina brasileira, define-se o Direito penal como o “conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança.”¹⁵⁴

O sistema penal constitui-se de representações e relações sociais, de políticas públicas, de discursos de poder e até mesmo, de sua própria configuração linguística.¹⁵⁵ Observa-se nesse sistema de grande complexidade, uma tendência acentuada do uso de símbolos, usualmente como forma de harmonização de todos esses objetos que se imiscuem dentro do Direito penal.

¹⁵² Vide, também em relação a preocupações terminológicas, HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 27.

¹⁵³ Cujá definição de Direito penal é “o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência.” LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I. Tradução de José Higino. Campinas: Russel, 2003, p. 01.

¹⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

¹⁵⁵ CHAVES JUNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. In: *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, nº 114, Medellin – Colômbia, Jan.-Jun. de 2011, p. 83.

Dito isso, deve-se estabelecer em quais momentos e sob quais formas o simbolismo se torna pernicioso dentro do escopo penal. Há um componente simbólico inerente às normas sancionadoras. Logo, como já afirmado, não há como conceber o Direito penal livre do símbolo, mas sim livre ou menos suscetível de sua utilização inadequada, na qual se destacará o “Direito penal simbólico”.

3.3.1 – A interpretação simbólica da proibição nos tipos penais

Os tipos penais possuem uma construção gramatical declarativa, a qual depende da sanção – que sucede a descrição da conduta – para que se torne uma proposição normativa. A pena correspondente à prática de determinada ação ou omissão expressa que tal conduta é um fato típico, ainda que haja uma elipse acerca disso na construção gramatical do tipo.

Em uma aproximação da teoria normativa de Karl BINDING, pode-se tomar como ilustração o artigo 121 do Código Penal brasileiro, que prescreve: “matar alguém”. Há apenas um verbo no modo infinitivo e um predicado genérico. A construção declarativa do tipo ganha um juízo normativo, ao ser complementada com a pena prevista (reclusão de seis a vinte anos) que sucede a descrição da conduta. A parte especial do Código Penal, iniciada justamente e simbolicamente¹⁵⁶ no mencionado artigo 121, possui o título “Dos crimes”, o que evidencia que as condutas elencadas ao longo dos artigos subsequentes serão entendidas como criminosas (normas incriminadoras), exceto se expressamente ressalvadas ou designadas aos aplicadores das normas.¹⁵⁷

A análise da construção dos tipos no Código Penal permite concebê-los como crimes, pela disposição expressa no início da parte especial. Nota-se também que há um juízo normativo presente na previsão de pena associada à descrição da conduta (preceito primário),

¹⁵⁶ A previsão do homicídio como o primeiro delito elencado na parte especial do Código Penal conota uma importância destacada ao bem jurídico Vida.

¹⁵⁷ No § 5º do artigo 129 do Código Penal, há um exemplo de verbo no infinitivo (“substituir”) utilizado para direcionar as possibilidades de aplicação da pena, tratando-se de uma norma não-incriminadora, ainda que presente na parte especial do diploma. A redação do parágrafo dispõe: “O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.” Nota-se ainda, que à conduta “substituir a pena” não se sucede qualquer previsão de pena, o que como já foi mencionado, caracterizaria o juízo normativo sancionador intrínseco à descrição do tipo penal.

exprimindo que esta representa um desvalor (em sentido *lato* e não sob uma perspectiva de exclusiva antijuridicidade material) dentro da sociedade, o que se transmuta em linguagem positivada por meio da sanção cominada (preceito secundário).¹⁵⁸

Fato é, no entanto, que a descrição da conduta somada à sanção não levam automaticamente à conclusão acerca de sua proibição. Todavia, há um mandamento proibitivo implícito aos tipos penais, que pode ser acessado por uma interpretação simbólica do conteúdo das normas incriminadoras. Este acesso simbólico à proibição intrínseca à norma penal é justamente a pedra de toque de toda a análise linguística do tipo penal, empreendida anteriormente. Isto porque, por meio da manipulação do significado implícito ao tipo penal, observa-se mais uma implicação do simbolismo dentro do Direito penal. Nesse diapasão, a forma simbólica como se opera a caracterização da proibição da conduta prevista no tipo penal será desvelada nos parágrafos subsequentes.

Em primeiro lugar, a existência de uma descrição típica e sua respectiva sanção dentro do Código Penal representam a positivação de certas condutas que independem do Direito Penal para serem repudiadas. Nesse sentido, atendo-se ainda ao crime de homicídio que, independente de tipificação, possui um desvalor que só é mitigado ou afastado em virtude de excepcionais justificativas, sendo que tal desvalor opera, por exemplo, em âmbito moral ou mesmo religioso (v.g. o mandamento cristão de “não matar”) e é compartilhado socialmente de forma consideravelmente homogênea no decorrer da História.

Assim, a noção de “não poder matar” e sua equivalente construção afirmativa “é proibido matar”¹⁵⁹ está incutida nos indivíduos em considerável parcela das culturas existentes – dispersas em variados espaços e ao longo do tempo – independente de um código positivado e muito antes da concepção do princípio da reserva legal. Portanto, desnecessário existir um código positivado para se compreender o valor “vida” como uma invariável axiológica e que, como regra geral¹⁶⁰, é repudiável matar outro indivíduo.

¹⁵⁸ Acerca da dupla distinção entre as mencionadas normas primárias e secundárias, pode-se lançar mão do escólio de SILVA SÁNCHEZ, segundo o qual as normas primárias são dirigidas aos cidadãos proibindo-lhes a comissão de delitos, ao passo que as normas secundárias são dirigidas aos juízes ordenando-lhes a imposição de sanções penais no caso de comissão de delitos. In: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010, p. 506.

¹⁵⁹ Ou ao menos (para não tornar a afirmação tão absoluta), a ideia de que “é proibido matar sem que haja uma justificativa (por exemplo, legítima defesa) para tanto”.

¹⁶⁰ E as exceções a tais regras são variadas, indo desde justificativas escusas positivadas em ordenamentos contemporâneos como a legítima defesa, estado de necessidade; por outro lado, a atribuição do homicídio como pena capital; ou até mesmo como ato ritualístico, por exemplo, na preparação de combatentes de Esparta ou

Certo é que a construção legal do artigo 121 do Código Penal, tipificando e apenando o homicídio, não faz uma menção expressa à proibição da conduta, até porque isto não teria especial efetividade, já que a proibição explícita, *per si*, não parece ter qualquer capacidade dissuasória. Isso não implica que a mera proibição não desestimula a consecução de condutas. Apenas se afirma que proibir expressamente não aparenta ser mais efetivo que proibir nos moldes dos tipos penais do ordenamento brasileiro. Inexiste um incremento do potencial de dissuasão no ato de proibir expressamente, até porque a proibição já é tácita na norma e também está socialmente introjetada.

Todavia, sob a lógica acima exposta, como se justificariam as proibições de condutas em que não parece existir um inequívoco desvalor na sociedade? Nesse diapasão, de que forma se afirma a proibição de um crime como o previsto no artigo 337-C do Código Penal, cujo *nomen juris* é “Tráfico de influência em transação comercial internacional”? Uma solução possível para esse aparente impasse se encontra na própria conformação do tipo penal em questão: tal qual no artigo 121, ele possui a descrição da conduta e sua respectiva pena. Assim, no que concerne a forma do artigo 337-C ele possui as mesmas características do artigo 121. Além disso, ele se encontra dentro do mesmo Código Penal. Dessa forma, em um simples raciocínio dedutivo é possível concluir que se a conduta do artigo 121 é proibida, a conduta do artigo 337-C – que está inserida no mesmo diploma legal e com o mesmo formato – também o é.

Todavia, a dedução exposta acima torna-se desnecessária ao se examinar o sentido da palavra pena, que sempre vem antes da quantificação e qualificação da sanção prevista para aquela conduta. Aproximando-se da concepção da filosofia da linguagem de WITTGENSTEIN¹⁶¹ – segundo o qual as palavras adquirem sentido conforme seu uso, adequando-se a regras compartilhadas em jogos de linguagem – o conceito de pena, como sinônimo de sanção, sempre está colocado como consequência do descumprimento de algo, ou seja, de um comportamento externo à moldura do permitido, por conseguinte, proibido.

Sintetizando em uma assertiva simples: se há uma sanção, necessariamente há uma proibição.¹⁶² Nesse sentido, uma vez compartilhada dentro do escopo da sociedade a noção da

ainda em cerimônias de povos pré-colombianos como os Maias.

¹⁶¹ Acerca dessa concepção linguística, cf., sobretudo, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

¹⁶² Tal afirmação se afasta, por exemplo, da concepção de edições mais tardias da *Teoria pura do Direito*, de Hans KELSEN, nas quais há uma noção da norma como “imperativo sancionador”, destinada ao órgão

proibição do homicídio, indiferente construir o tipo penal do artigo 121 como “matar alguém” ou é “proibido matar alguém”, pois esta última construção seria pleonástica já que há uma sanção prevista para o ato de matar alguém. Portanto, como já foi dito, a atribuição de uma sanção (penal ou não) decorre de uma inobservância de alguma regra, ou seja, do descumprimento de uma proibição.

3.3.2 – A perspectiva do símbolo na comunicação do poder sancionatório estatal à sociedade

Ainda, em uma perspectiva da utilização dos símbolos na própria configuração básica do Direito penal, imperioso destacar que há um fortíssimo componente de simbolismo na comunicação entre o detentor do poder punitivo (o Estado) e o corpo social. Inegável que esse caráter comunicativo é um traço que compõe o Direito penal em sua essência. Isto porque é vital para seu funcionamento que seus destinatários tenham ciência da norma, ainda que em um nível perfunctório.

Não sem razão, essa imprescindível compreensão do ordenamento vigente é levada às últimas consequências, ao ser referendada no brocardo latino *Ignorantia legis neminem excusat*, impondo um dever (humanamente inalcançável) de conhecimento do conjunto normativo. Assim, não basta a previsão legal e a publicidade das normas, pois isto não implica a apreensão delas por seus destinatários. Soluciona-se então o impasse do desconhecimento da norma, por meio de uma ficção segundo a qual conhecê-la é um pressuposto para a vida em sociedade.¹⁶³

Por outro lado, a própria noção de legalidade do Direito penal utiliza-se de um arcabouço simbólico que a une a um aspecto de utilidade, criando um panorama que evidencia que as leis, mais do que justas, são justificáveis. Isso se destaca na própria construção, racionalizada e justificada, de todo sistema jurídico. O Direito, na visão de alguns pensadores, insere-se e adequa-se ao projeto da Modernidade, destacando-se, nesse diapasão, a utilização

competente à sua aplicação, conforme observa Maria Helena DINIZ, in: *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 76.

¹⁶³ Há que se ressaltar que essa exigência é mitigada pelo instituto do erro de proibição que, todavia, recai sobre a capacidade de compreensão da ilicitude de determinada conduta.

do Direito penal como um instrumento simbólico de combate à barbárie e de afirmação da ordem e êxito da civilização.¹⁶⁴

Juarez TAVARES analisa, sob uma interessante ótica, a existência do simbolismo em uma perspectiva também intrínseca ao Direito penal. As observações do jurista merecem transcrição literal:

Da mesma forma como ocorre com a tradição hegeliana, que identifica legalidade e racionalidade no Estado, o argumento em torno dos objetivos simbólicos visa a demonstrar a validade de uma incriminação na medida em que esta, por meio da legalidade, se comunica com seus destinatários, direta ou indiretamente. O argumento simbólico se insere como um reforço da legalidade. Em vez do simbólico representar um avanço no sentido de uma apreciação crítica da realidade, quer fazer crer aos destinatários da legalidade que esta não é apenas legítima, mas útil.¹⁶⁵

A legalidade – como perspectiva deontológica construída no conjunto normativo – está alicerçada em um escopo de utilidade, ou seja, como instrumento de proteção de bens jurídicos. Como visto, Juarez TAVARES aponta que o uso do símbolo no Direito penal funciona sendo uma justificativa à legalidade. “Os códigos contêm, sempre, uma natureza não apenas protetiva, como quer a doutrina, mas simbólica e, portanto, justificativa.”¹⁶⁶ Essa natureza de justificação diz respeito à teleologia existente no ordenamento penal, ou seja, na demonstração do caráter benéfico de sua aplicação, mediante a visualização de sua função manifesta.¹⁶⁷

Ao se abordar a perspectiva do símbolo na comunicação do Direito penal à sociedade, fundamental apontar que certos efeitos simbólicos são intrínsecos e, até mesmo, benéficos à

¹⁶⁴ Cf. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 32-33.

¹⁶⁵ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶⁷ Cabe apontar uma circularidade na argumentação acerca do Direito penal e seu objeto de proteção. Isso porque o Direito penal é definido como instrumento de tutela dos interesses vitais e fundamentais da sociedade, ao mesmo tempo em que são definidos como vitais e fundamentais os interesses que tradicionalmente são penalmente protegidos. Nesse sentido, cf. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Tradução de Mauricio Martínez Sánchez. In: ABOSO, Gustavo E. (org.). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 65.

dinâmica do Direito penal, sendo que alguns são, em uma aparente aporia, instrumentais ou, melhor definindo, instrumentalizáveis. O exemplo mais contundente da afirmação anterior está no significado da condenação penal que, *per si*, não é uma pena, mas sim um requisito para a aplicação de eventuais sanções. No entanto, há um componente “estigmatizante” fortíssimo na sentença penal condenatória, pois sua imposição implica a atribuição do status de criminoso àquele que, até então – ao menos legalmente¹⁶⁸ – tinha sua inocência presumida.

Nesse diapasão, determinada parcela de cidadãos ou empresas (pensando-se no âmbito da penalização de pessoas jurídicas, nos termos da Lei 9.605 de 1998) poderia preferir pagar substanciais multas administrativas do que receber o inerente estigma de criminosos, decorrente da condenação penal.

Mais além, há que se ponderar que o *caput* do artigo 51 do Código penal¹⁶⁹ confere à multa – derivada de sentença penal condenatória transitada em julgado e destinada ao fundo penitenciário – um tratamento idêntico a outros valores inscritos na dívida ativa da Fazenda Pública, o que demonstra que não há, dentro do âmbito penal, meios que garantam inequívoca eficácia na cobrança do valor estipulado. Dessa forma, tomando-se hipóteses em que penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos não foram aplicadas, há que se ponderar que se a imposição do pagamento da multa não é especialmente eficaz em relação a outros âmbitos do Direito, é justamente nos aspectos simbólicos da condenação penal que reside o especial temor de pessoas físicas e representantes de pessoas jurídicas com relação ao Direito penal.¹⁷⁰

O desvalor social da condenação penal é tão “estigmatizante” que há notórios

¹⁶⁸ Muito embora informalmente a opinião pública costume sentenciar os réus antes dos magistrados ou jurados, o que inclusive pode interferir na posterior decisão formal.

¹⁶⁹ “Art. 51: Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

¹⁷⁰ Embora haja um inequívoco fator dissuasório na própria condenação penal (instrumentalizável para o alcance da finalidade preventivo geral negativa), em sentido oposto SILVA SÁNCHEZ aponta que apenas as penas de prisão e de multa estão aptas a satisfazer as vítimas. Tal posição parece ser demasiadamente reducionista, além de subestimar o sentido de vingança, sublimado por meio da pena institucionalizada. Se não houvesse essa demanda reativa da vítima, que clama por Justiça como sinônimo de vingança, o mero veredicto condenatório demonstraria a solidariedade do grupo, entendimento que destoa da posição do autor, o qual pondera que já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem ela, ao menos em princípio, uma dívida perante a vítima, que consiste no castigo do autor. No cumprimento dessa dívida somente as penas de prisão e multa cumprem a desejada função simbólica. A pena – se afirma – significa muito para a vítima. Não porque satisfará necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não o faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima. A pena deixa fora o autor e, assim, reintegra a vítima. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 53.

exemplos de políticos brasileiros que se orgulham de que nunca foram condenados penalmente, muito embora sejam contumazes condenados na esfera cível e administrativa. Nesse sentido, os indícios e a percepção da sociedade de que um indivíduo é criminoso não são materializados pelo alicerce da sentença penal condenatória que conferiria um verniz formal à desconfiança coletiva sobre o denunciado. Ou seja, a presunção de inocência não é derrubada pelo senso comum, por mais forte e unânime que ele seja.

Esse aspecto “estigmatizante” do Direito penal é extremamente problemático, já que, embora ele possa ser um importante fator dissuasório, seus efeitos não podem ser limitados de forma objetiva. Ao contrário do limite estabelecido da pena ou multa, o status de criminoso pode perdurar por toda existência daquela pessoa, já que, embora a condição de primariedade seja retomada após alguns anos, há que se ter em mente que não são raros os casos de crimes que são acompanhados de perto pela imprensa e que as informações relacionadas às coberturas midiáticas permanecem registradas indefinidamente nas mais diversas mídias.

Nesse sentido, aceitar a estigmatização do condenado implica ressaltar ainda mais sua capacidade de ressocialização, conforme pugnado pela finalidade preventiva especial da pena, pois os efeitos da condenação costumam reverberar para além do cumprimento da pena e da retomada de condição de primariedade. Sobretudo tendo em conta os altos índices de reincidência, a condição de “ex-criminoso” é uma categoria enxergada de forma bastante cínica pela sociedade, sendo que a sentença condenatória se torna um marco de atribuição de uma condição indelével, seja sob o prisma de auto-percepção do indivíduo ou da visão da sociedade em relação a ele.

A partir das premissas de que a condenação penal é “estigmatizante” e de que a ressocialização é uma finalidade que tem se mostrado falaciosa, há que se ter especial cuidado na utilização do Direito penal¹⁷¹, não apenas em sua pena mais problemática, que é a privativa

¹⁷¹ No entanto, de nada adianta utilizar o Direito penal de forma racional e limitada se outros âmbitos do Direito o mimetizam em seus efeitos simbólicos (mas não em suas garantias). Um exemplo disso ocorre na Lei 12.846/2013. Tal dispositivo prevê a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas que atentem contra a administração pública. A lei utiliza o termo “corrupção”, expressão que é *nomen juris* de diversos tipos penais. Ainda que em âmbito administrativo, a designação de uma pessoa jurídica como corrupta possui um efeito “estigmatizante” semelhante ao da condenação penal, diante da sociedade, já que “corrupto” é apenas uma categoria do gênero “criminoso”. Além disso, a privação de liberdade, pena mais expressiva do Direito penal, não se aplica no caso de pessoas jurídicas. Com isso, portanto, as penas administrativas são muito semelhantes às que seriam atribuídas penalmente, e, além disso, a própria estigmatização da condenação, típica do Direito penal, também existe nessa lei (já que pune empresas “corruptas”, portanto, “criminosas”, ao menos perante à opinião pública). Dessa forma, o diploma em questão é um inequívoco exemplo da mimetização do Direito penal pelo Direito administrativo, que é uma perspectiva distinta de um fenômeno que vem sendo observado por penalistas, qual seja a “administrativização” do Direito penal.

de liberdade, mas em um momento anterior da atribuição da pena, seja ela qual for. Assim, a mera condenação é dotada de extremo simbolismo e possui efeitos que não podem ser subestimados, tanto em um aspecto intimidatório – sendo que nesse sentido, a condenação é instrumentalizada dentro do âmbito da prevenção geral negativa – quanto no aspecto da estigmatização, que pode perdurar indefinidamente sobre a pessoa condenada.

3.3.2.1 – Pena e percepção social

David GARLAND pontuou que as leis penais, bem como as instituições penais, são estruturadas por meio de uma linguagem que as atribui significados culturais específicos, visando à inteligibilidade da motivação da punição. Assim, por mais que interesses econômicos e políticos sejam a base determinante das decisões legislativas em matéria penal, tais interesses devem ser transmutados em leis, lançando mão da linguagem institucional que dá forma e justificativa às ações penais.¹⁷²

Ainda acerca do aspecto comunicativo do simbolismo no Direito penal, pode-se remeter a BORDIEU, o qual afirma que “os símbolos são instrumentos por excelência da ‘integração social.’”¹⁷³ Nesse sentido, sua utilização adquire contornos expressivos dentro do Direito penal, este que é teleologicamente voltado à proteção de bens relevantes o que, por conseguinte, torna-o norteador de condutas, em um sentido negativo¹⁷⁴, ou seja, mediante um desencorajamento de determinadas ações ou omissões por meio de sanções direcionadas à sociedade.

A sociedade é parte decisiva – em um contexto democrático – no diálogo, estabelecido com o legislador, cujo tema é o Direito penal. Nesse sentido, leis podem ser aprovadas pela

¹⁷² GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 198.

¹⁷³ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, cit., p. 10.

¹⁷⁴ Como já dito, por mais que os tipos penais sejam descritivos (por exemplo, o artigo 121 do Código Penal: “matar alguém”), há, senão uma vedação, um desvalor na conduta, o que fica evidenciado na sanção correspondente. Por tal razão, o sentido negativo do Direito penal, calcado em proibições. No entanto, cabe ressaltar que tal sentido diz respeito à sua parte especial, na qual estão previstos delitos e suas respectivas sanções. Há, sobretudo na parte geral do Código Penal (artigos 1º a 120º no diploma brasileiro) princípios e regras que são negativas em relação ao Estado (o limite das penas na parte especial, também podem ser enxergadas dessa forma) e a forma com que ele manipula o Direito penal, sendo que tais preceitos evitam excessos e arbitrariedades estatais na punição dos eventuais infratores.

sociedade, mesmo que tais normas estejam descoladas da realidade, sendo, portanto, inefetivas. Isto porque a efetividade não é o critério peremptório de aprovação de uma lei pela sociedade. Nesse sentido, uma lei percebida como boa, ainda que inefetiva, tenderá a ter melhores efeito sobre a percepção social que uma lei apta a modificar positivamente a sociedade, mas que esteja distante dos anseios populares. Nesse último caso – pensando em um contexto democrático – os legisladores racionais e bem intencionados, responsáveis por estas leis efetivas, possivelmente terão cometido um suicídio político, ao menos a curto prazo, já que a memória eleitoral de nossa sociedade é acometida por uma perpétua senilidade, diagnosticada ciclicamente, à época das eleições.

Ao encontro do que foi afirmado, Marcos César ALVAREZ *et al.* apontam a “sociedade como o interlocutor definitivo para todo o simbolismo da punição”¹⁷⁵, justificando que:

(...) em sociedades democráticas, toda prática jurídica é uma ação do Estado e, portanto, passível de revisão pelo público em geral. Dessa forma, quando o Estado não consegue dar forma simbólica apropriada a um evento jurídico, sua ação passa a limitar ao máximo a disseminação das informações e possíveis representações.¹⁷⁶

O excerto anterior evoca situações em que determinadas leis, impopulares ou populares apenas dentro de certos setores, precisam ser aplicadas, em prol de alguma finalidade necessária à governabilidade (é possível pensar em um exemplo no qual um governo busca um equilíbrio orçamentário por meio do aumento da tributação, medida obviamente impopular). Nesse contexto de leis desagradáveis ao público, nota-se, conforme afirmado no excerto anterior, um cerceamento dos símbolos que permeiam tais normas, bem como as representações decorrentes das apreensões do conteúdo de tais normas pela população.

Opera-se, portanto, de forma diametralmente oposta ao uso simbólico das normas, em que se explora à exaustão o significado latente que as normas adquirem ao serem apreendidas pelo público. Apenas a instrumentalidade e consequente efetividade (que é observada por

¹⁷⁵ SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. In: *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1, São Paulo, 2006, p. 345.

¹⁷⁶ *Ibid.*

meio do aumento das reservas monetárias, no exemplo do aumento da tributação) da norma impopular é desejável e, por conseguinte, tal norma deve idealmente se ater apenas à mudança de uma determinada realidade, ou seja, ao seu efeito instrumental.

Nesse contexto, a estratégia política de limitar os possíveis efeitos simbólicos sobre a percepção social é utilizada, já que a medida não promoverá benefícios a curto prazo. A supressão dos efeitos simbólicos se dá em virtude da mencionada ausência de uma perspectiva visionária da sociedade, que é notadamente imediatista e deseja mudanças tangíveis de forma instantânea, o que não deixa de ser reflexo de uma cultura de celeridade que é característica do processo de globalização.

Contudo, no âmbito penal, torna-se cada vez mais rara a observação de normas consideradas impopulares. De fato, no exemplo brasileiro, há quase um consenso¹⁷⁷ comungado pela sociedade segundo o qual a legislação penal é leniente e ultrapassada. Diante disso, as mudanças normativas rigoristas costumam ser bem recepcionadas pela população. Como uma modificação legislativa, *per si*, atualiza determinada norma, já se ataca o aspecto criticado relacionado à antiguidade do dispositivo legal penal. Por outro lado, uma forte tendência de recrudescimento penal é observada nas mudanças da legislação penal dos últimos anos, o que vai ao encontro da queixa acerca do laxismo.

É de se considerar, no entanto, que dada a diferenciação social que existe na sociedade moderna, o público é frequentemente uma plateia dividida, e seus vários setores vão divergir na sua receptividade a formas particulares de retórica. Todavia, o que se observa é uma manipulação do simbolismo penal pelos políticos, conectando-o aos medos, às inseguranças e aos preconceitos da plateia para a qual se dirige¹⁷⁸, que é a sociedade de forma geral. Assim, chega-se a um denominador comum mesmo em meio a toda essa heterogeneidade característica da sociedade período pós-industrial. Setores que sempre foram críticos ao modelo de Direito penal implementado ao longo da história, passaram nas últimas décadas a conclamar a proteção de determinados bens jurídicos, pelo mesmo Direito penal

¹⁷⁷ Nesse sentido, por exemplo, a reportagem acerca de uma pesquisa empreendida pelo Senado em setembro de 2012: “A opinião popular também se manifestou em pesquisa do DataSenado, que ouviu 1.232 pessoas em 119 municípios durante o mês de setembro. De uma maneira geral, os entrevistados exigem maior rigor na punição de crimes, e apresentam uma tendência conservadora em relação a temas como aborto, ortotanásia e liberação de drogas ilícitas.” In: *Senadores analisam pesquisa de opinião sobre reforma do Código Penal*. Disponível em <www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/10/24/senadores-analisam-pesquisa-de-opinioao-sobre-reforma-do-codigo-penal> Acesso em 11/01/2013.

¹⁷⁸ GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 264-265.

execrado no passado. Isso é facilmente constatável na observação do comportamento da chamada “esquerda punitiva”¹⁷⁹.

Constata-se, portanto, que as modificações da legislação penal em prol de um maior rigorismo encontram um espaço de consenso, tornando-se palatáveis a gregos e troianos.¹⁸⁰ Isto porque sua opinião oposta é extremamente pontual, capitaneada justamente pela academia, sendo que as conclusões alcançadas pelos pesquisadores do Direito penal não têm conseguido ecoar de forma a fazer frente ao senso comum que brada por mais rigor e que é potencializado, em grande parte, pelos veículos de comunicação e materializado por políticos que elaboram normas voltadas eminentemente à percepção pública.

3.3.3 – O Direito penal sob o prisma do “Interacionismo Simbólico”

Cabe mencionar, como mais um aspecto do simbolismo intrínseco ao Direito penal, a concepção que este possui dentro de uma vertente teórica da criminologia, denominada de “*labeling approach*”, traduzida como “teoria do etiquetamento”. Essa perspectiva criminológica desvela a dimensão comunicativa específica ao Direito penal, analisando como ela condiciona o comportamento dos indivíduos, bem como a fundamental importância do estabelecimento de um arcabouço compostos por símbolos, derivados das interações entre os indivíduos, responsáveis pela produção e modificação de significados. A Teoria do Etiquetamento lançou mão de saberes como a sociologia, psicologia e linguística, dentre outros. Merece destaque, nesse sentido, a sociolinguística e a psicologia social de George MEAD, o qual lançou as bases da teoria denominada posteriormente de “Interacionismo Simbólico”.¹⁸¹

¹⁷⁹ O subcapítulo “4.3.5 – A esquerda punitiva” aborda de forma mais pormenorizada o tema.

¹⁸⁰ Nesse sentido, a representação social do Direito penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade. A divisão característica dos debates clássicos sobre o Direito penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do Direito penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Desde logo, nem as premissas ideológicas nem os requerimentos do movimento *Law and Order* desapareceram: ao contrário, se integraram (comodamente) nesse novo consenso social sobre o papel do Direito penal. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 25.

¹⁸¹ Acerca das bases do *Labeling Approach*, Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 287-326; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro:

O *Labeling Approach* está totalmente calcado em premissas advindas de paradigmas do “Interacionismo Simbólico”, dentre as quais se destaca a afirmação de que a realidade social constitui-se como uma pluralidade de interações concretas entre sujeitos, os quais estabelecem significados que adquirem contornos diversos das situações concretas que os suscitaram.

Três premissas são basilares na construção do “Interacionismo Simbólico”.¹⁸² Herbert BLUMER as delineou da seguinte forma: os humanos agem em relação às coisas com base nos significados que eles atribuem a essas coisas; o significado de tais coisas é derivado de ou é anterior à interação social que uns têm com outros e a sociedade; esses significados são controlados e modificados por um processo interpretativo usado pelas pessoas interagindo entre si e com as coisas que elas encontram (em função da noção de consenso acerca dos significados, o que torna a comunicação possível).

As sucessivas interpretações das ações alheias, seja de quem ou o que comunica algo, criam uma série de significados que servem de base para as reações. Há, portanto, um processo interpretativo intermediário às mútuas ações, uma vez que variáveis inseridas no processo comunicativo, dentre as quais o contexto, o tom utilizado, quem é o emissor... são responsáveis por criar nuances ou verdadeiras oposições no sentido literal expresso.¹⁸³

Inserindo a teoria do “Interacionismo Simbólico” dentro do plano jurídico, depreende-se que o comportamento de alguém perante o Direito não é regido exclusivamente pela prescrição de uma norma, mas pela interpretação dela somada a todo contexto que orbita em seu entorno.

Assim, o comportamento não decorre da apreensão do conteúdo literal da norma, mas mediante uma série de condições que influenciam no estabelecimento do significado derivado da norma. Tais condições estão diretamente ligadas às interações com outros indivíduos, visto que a simbolização não advém da manifestação do sujeito consigo ou sobre determinado objeto, mas resulta de uma comunicação entre sujeitos, por meio da qual se estabelecem

Revan, 2002, p. 86-97.

¹⁸² As bases da teoria são minuciosamente delineadas em BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1969.

¹⁸³ Basta pensar, por exemplo, em uma ironia que busca estabelecer um sentido diametralmente oposto ao que é expresso; ou ainda, a determinada forma de expressão simbólica, cujo total significado não pode ser acessado em uma interpretação exclusivamente literal. Nesse sentido, uma cruz, forma dotada de enorme conteúdo simbólico, não simboliza nada para um indígena que passou toda sua vida na floresta amazônica, em uma tribo sem qualquer contato com outras culturas.

significados, compartilhados nas mais diversas formas de linguagem existentes.

Dessa forma, o sujeito estabelece sentido em um processo que, no limite, é solitário, mas que está totalmente calcado no que é construído coletivamente na sociedade, por meio da interação social, que BLUMER entendia como uma negociação de intenções.

Bruno MOURA aponta que, neste contexto comunicacional penal analisado pelo *Labeling Approach* (alicerçado no “Interacionismo Simbólico”), o Direito penal “designa uma abordagem esforçada em tematizar as discursivas relações de mútuo reconhecimento entre os sujeitos criminalmente relevantes (autor, vítima e Estado) no seio da interação social.”¹⁸⁴

Nota-se, portanto, um interesse nas formas que a linguagem – construída a partir do paradigma do Direito penal e dos saberes correlatos a ele – estabelece a relação de poder que perpassa os atores da intrincada trama do Direito penal. Tais atores são o Estado e suas instituições além dos autores e vítimas, mas também, ainda que mediatamente, todos aqueles que vivem em sociedade, subjugados¹⁸⁵ às normas por meio da já mencionada violência simbólica presente na ameaça sancionadora da pena.

Dentro da concepção da Teoria do Etiquetamento, a criminalidade é o resultado do estabelecimento da condição de criminoso e a posterior atribuição de tal status aos indivíduos, em um processo que é empreendido pelas estruturas que compõem o universo do Direito penal.¹⁸⁶ O *Labeling Approach* destaca a manipulação de significados e a simbolização que permeia as categorias intrínsecas ao Direito penal, como “crime”, “criminoso”. A construção social do conceito de delito é ressaltada, superando totalmente qualquer perspectiva naturalística do crime e, por conseguinte, ideias criminológicas anteriores que postulavam a existência de categorias como a do “criminoso nato”.

Não há, portanto, condutas aprioristicamente criminosas, mas sim a construção de

¹⁸⁴ MOURA, Bruno. *Legítima defesa simbólica? Ao mesmo tempo, sobre a valência da lógica dos lugares inversos*. In: Revista Liberdades. nº 10: Maio-Agosto de 2012. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/125-ARTIGO#_f31> Acesso: 29/11/2012.

¹⁸⁵ Submissão que usualmente é teórica, pois na prática há um senso de impunidade incutido em muitos indivíduos que, sob o ponto de vista da Pragmática, “rejeitam” e até mesmo “desconfirmam” as normas vigentes.

¹⁸⁶ O estudo dos crimes econômicos empreendido por Edwin SUTHERLAND, na década de 30 do século passado, originou a expressão *white collar crimes*, relativa aos criminosos econômicos pertencentes a elite social e imersos em redes de poder que asseguravam sua impunidade. Destaca-se que as pesquisas desenvolvidas no campo da criminalidade do colarinho branco e do brutal índice de impunidade em delitos do gênero foram determinantes para o *Labeling Approach*, teoria responsável pelo deslocamento da ótica criminológica, que passou do comportamento desviante para os mecanismos de seletividade empregados no processos de criminalização.

crimes e, portanto, da criminalidade, bem como a atribuição do papel de criminoso.¹⁸⁷ Nesse sentido, pareceria mais adequada a utilização da nomenclatura “criminalização e criminalizado” em detrimento de “criminalidade e criminoso”. Todavia, estas duas últimas expressões não implicam na ideia de crime como um dado naturalístico. Tratam-se apenas das nomenclaturas mais utilizadas na doutrina e, por tal razão, também empregadas neste trabalho.

3.3.4 – A deturpação do simbolismo no Direito penal

O uso prejudicial de símbolos no Direito penal corresponde a uma parcela de todo o componente de simbolismo que é intrínseco ou contingente ao Direito penal. A afirmativa se sustenta pelas razões que serão desveladas na sequência.

Inicialmente e como já mencionado, necessário eximir de valoração toda a estruturação básica do Direito penal que tenha por pressuposto o uso de símbolos, como é o caso de seu prisma comunicativo, cujo sucesso depende de uma interpretação simbólica do significado do ordenamento pelos indivíduos assujeitados à vigência deste conteúdo normativo. A crítica do simbolismo em aspectos imprescindíveis ao Direito penal equivale à condenação deste último em relação a sua própria condição de existência, já que a retirada desses traços simbólicos inafastáveis do Direito penal tem por consequência a sua eliminação ou sua transformação em algo diverso do que se entende, com base na conformação histórica e no seu estado atual, por Direito penal.¹⁸⁸

Portanto, características simbólicas compõem o estatuto indisponível do Direito penal.

Resta, então, examinar e valorar os traços contingentes do simbolismo, os quais são prescindíveis ao Direito penal. Nesse compasso, é vital investigar se qualquer expressão

¹⁸⁷ “O ‘Interacionismo Simbólico’ aponta que a criminalidade não é um objeto preexistente, mas sim o resultado de uma determinada interação na qual o legislador ocupa um espaço ativo, em um processo fundamentalmente simbólico de colocação de etiquetas e estigmas ao ofensor.” In: HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 24.

¹⁸⁸ A título exemplificativo, sem se deslocar do panorama penal: retirar o simbolismo do Direito penal equivale a retirar a privação de liberdade da pena de prisão em regime fechado. Perde-se, em tais supressões, categorias que são necessárias à compreensão seja de Direito penal, seja de prisão em regime fechado, o que cria um paradoxo semântico, já que inexistem traços que caracterizam seus significados.

simbólica, minimamente relevante¹⁸⁹, que não seja imprescindível ao Direito penal, pode ser considerada como perniciosa. Se assim o for, por conseguinte, toda e qualquer forma simbólica que não pertença às características inafastáveis do Direito penal são prejudiciais. Dessa forma, o exame de validação de elementos simbólicos como benéficos ou não, dependerá da avaliação da possibilidade de existência de um Direito penal que prescindia de tais elementos em sua configuração. Todavia, outra possibilidade aponta para o uso de um simbolismo que não é imprescindível ao Direito penal, mas que contribui para sua efetividade.

Postula-se assim, sinteticamente, a seguinte questão, cujas duas respostas possíveis já foram esboçadas acima: todo e qualquer uso de símbolos que esteja além da estrutura mínima de existência do Direito penal é prejudicial aos seus princípios¹⁹⁰, ao seu funcionamento e a sua finalidade?

Destarte, importante salientar – em um exame lógico – a terminologia empregada, tendo em vista as possibilidades aventadas.

Optou-se por chamar de simbolismo no Direito penal, toda forma de utilização de símbolos dentro de seu âmbito, o que inclui formas intrínsecas e contingentes. Por outro lado, denomina-se aqui – ainda que provisoriamente, em sede de hipótese – “Direito penal simbólico”¹⁹¹, as formas que apontam para um uso prejudicial dos símbolos dentro do Direito penal.

A posterior investigação pormenorizada do sentido da expressão “Direito penal simbólico” e consequente definição permitirá aferir sua extensão, tendo por base, primeiramente, a análise das formas intrínsecas e contingentes do simbolismo no Direito penal. Isto significa que: se toda forma contingente de expressão simbólica presente no Direito penal é prejudicial, o “Direito penal simbólico” é sinônimo de simbolismo

¹⁸⁹ Entende-se por relevante as expressões que não são pontuais, mas representam uma tendência disseminada, seja no ordenamento ou nas condutas ou práticas institucionais que tenham vínculo com o Direito penal. Haja vista que incabível a elaboração de critérios objetivos que definam inequivocamente o que é ou não uma tendência dentro do Direito penal, optou-se por justificar cada forma de expressão simbólica que será apontada neste trabalho, no que diz respeito aos argumentos que tornam determinada pluralidade de comportamentos ou dados assemelhados, em uma tendência.

¹⁹⁰ Destaca-se a necessidade de observância dos princípios apenas como forma de ressaltá-los, pois eles se inserem na ideia de funcionamento e finalidade, também mencionadas.

¹⁹¹ Optou-se pelas aspas por uma razão didática, já que elas facilitam a compreensão de que se está a mencionar a expressão, haja vista que ela se parece com o termo Direito penal, utilizado maciçamente ao longo do texto. Ademais, a expressão não foi cunhada inequivocamente por um autor, sendo que os doutrinadores que se debruçam sobre o tema, escrevem-na de variadas formas (Direito Penal Simbólico, Direito penal simbólico, direito penal simbólico). Além disso, o “Direito penal simbólico” parece ser um fenômeno cujos contornos não foram satisfatoriamente delineados, sendo que seu significado fluído fica denotado no uso das aspas.

contingente, englobando todas as formas de expressão simbólica além do estritamente essencial à existência do Direito penal. Por outro lado, se for constatado que apenas uma parte do simbolismo contingente é prejudicial, entender-se-á portanto que o “Direito penal simbólico” representa apenas uma parcela perniciosa do uso não essencial de símbolos no Direito penal.

Por fim, buscar-se-á sintetizar as diversas acepções que a doutrina criou acerca do fenômeno denominado neste trabalho de “Direito penal simbólico”. Acima afirmou-se – como ponto de partida hipotético de cunho abduativo – que toda¹⁹² tendência de utilização eminentemente¹⁹³ simbólica do Direito penal que fosse perniciosa à sua função e finalidade, bem como suas garantias basilares, seria denominada de “Direito penal simbólico”.

Contudo, é possível que a síntese acerca do que se entende como “Direito penal simbólico” se refira apenas a uma determinada forma de utilização perniciosa do Direito penal, que não engloba, portanto, todas as tendências que representem um mau uso do Direito penal. Se assim o for, o conceito, ainda que fluido, de “Direito penal simbólico” que originou esta pesquisa, destoa de sua própria definição tomada anteriormente por hipótese, em um evidente contrassenso. Diante da confirmação deste possível impasse, necessário será restringir a amplitude da definição hipotética, para que se preste a descrever o fenômeno dentro de seus limites razoáveis, visto que esse tipo de análise não ambiciona a proeza de estabelecer fronteiras inequívocas a um fenômeno social, sobretudo porque ele possui um intrincado arcabouço simbólico, que por sua própria acepção de excesso significativo, não admite definições absolutas.

¹⁹² Trata-se de uma abdução, portanto a conclusão não é inequívoca e a expressão “toda” é melhor definida e poderia ser substituída por “a hipótese de que todas as formas detectadas na investigação do uso dos símbolos do Direito penal dentro do recorte estabelecido para esta pesquisa...”.

¹⁹³ O advérbio modal se justifica em razão de que a identificação do caráter simbólico é quantitativa, já que se encontra numa zona cinzenta que parece se estender por toda a realidade, em que há objetos manifestamente simbólicos ou eminentemente instrumentais. Categorias puras, seja na totalidade simbólica ou instrumental, parecem ser exclusivas ao plano ideal. Acerca disso, cf. o subcapítulo “1.5.2 - Referenciais simbólicos e instrumentais” da primeira parte deste trabalho.

4 - O CENÁRIO DA INSEGURANÇA EPIDÊMICA: A “SOCIEDADE DE RISCO”

O contexto no qual tem se notado uma tendência sensivelmente acentuada do uso do “Direito penal simbólico” estende-se pelos últimos decênios. O notável acréscimo da utilização de normas manifestamente simbólicas implica a ideia de crescimento e não de novidade, ou seja, tal expediente tem sido usado ao longo da história do Direito penal, havendo, portanto, uma diferença quantitativa em seu emprego no passado.

Ressalta-se também que esse aumento não é apenas em termos absolutos, como mero reflexo da expansão do Direito penal, mas sim um crescimento em números relativos, tendo-se por base a hipótese de que a parcela manifestamente simbólica da legislação penal cresceu de maneira mais acelerada que o próprio processo natural de expansão do Direito penal, em virtude do surgimento de novos interesses sociais, alguns deles escolhidos pelo legislador para serem penalmente tutelados.

Optou-se neste trabalho, por se esboçar a realidade na qual se insere o fenômeno do “Direito penal simbólico” mediante a utilização de uma construção teórica sociológica, denominada de “Sociedade de risco” e concebida pelo sociólogo alemão Ülrich BECK. A justificativa da escolha se dá em razão da órbita comum em que gira a proposta do autor, bem como o “Direito penal simbólico”, qual seja, a percepção da realidade pela sociedade.

Assim, a aproximação com essa perspectiva sociológica permite um diálogo que estabelece premissas do comportamento social que são imediatamente interpretadas pelo legislador penal e manipuladas por meio da criação de normas oportunistas, calcadas nos anseios da coletividade.¹⁹⁴

Parece necessário, portanto, apresentar em linhas gerais, em uma espécie de metalinguagem do instrumental que será utilizado, o que é a chamada “Sociedade de risco”¹⁹⁵, delineando-a desde já, sob uma ótica que insere seus fundamentos dentro do escopo do

¹⁹⁴ Nesse sentido, “O conceito de sociedade de risco poderia servir como chave para o entendimento de um Direito penal que tem se encarregado do tratamento de perigos e inseguranças subjetivas.” In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001, p. 35.

¹⁹⁵ Para uma visão integral da proposição, com modificações que o autor fez ao longo de mais de uma década da primeira publicação, vide BECK, Ülrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998.

Direito penal, o que lança as bases para a contextualização, de fato, do “Direito penal simbólico” no cenário das últimas décadas.¹⁹⁶

A teorização da “Sociedade de risco” adveio de um aparente contrassenso visível na sociedade do período pós-industrial¹⁹⁷: seus membros vivem mais seguros do que nunca – o que é aferível objetivamente por meio do crescimento contínuo da expectativa de vida – mas, paradoxalmente, há uma crescente sensação subjetiva de insegurança.¹⁹⁸ Observa-se na sociedade pós-industrial a verificação de uma considerável insegurança objetiva – advinda dos mais diversos riscos – potencializada por uma insegurança subjetiva, pois a percepção dos riscos pela sociedade exorbita a própria dimensão fática desses riscos.

Cabe destacar, segundo Blanca MENDOZA BUERGO, “que a demanda especificamente normativa de segurança busca não só a proteção em relação a riscos e perigos, mas a possibilidade de um asseguramento que vai mais além dessa proteção.”¹⁹⁹

Assim, busca-se também a confiança na própria segurança, que deixa de ser um meio de se evitar riscos e perigos direcionados a determinados interesses, e passa a ser um fim em si mesmo.²⁰⁰

Diante desse contexto de insegurança generalizada, BECK detecta uma ruptura da modernidade, que modificou a estrutura da sociedade industrial, já naquela época estabelecida

¹⁹⁶ Tal intento é empreendido a partir do subcapítulo “4.3 – O contexto da distorção dos símbolos no Direito penal” e prossegue por seus subitens posteriores (“4.3.1” a “4.3.5”).

¹⁹⁷ Definida, em linhas muito gerais, em características como: o crescimento do setor terciário (comercial) em detrimento do setor secundário (industrial); um implemento acelerado das tecnologias de informação e comunicação; a capacidade criativa ganha destaque, e o conhecimento torna-se um capital mais valorizado que o potencial individual da produção de manufaturas; a virtualidade das riquezas, manipuláveis por meio de especulações, tornando a economia mais fluida, sem lastro em capitais e bens tangíveis.

¹⁹⁸ A insegurança não é exclusividade do nosso tempo, mas o que nos parece especialmente peculiar é a distorção entre a percepção subjetiva dos riscos e suas reais possibilidades objetivas. Paradigmático no sentido de demonstrar que o medo coletivo (justificável pelo risco mais que palpável pela morte decorrente da Peste Negra) é pródigo no decorrer da história, Lucien FEBVRE, ao relatar a experiência de se viver na Europa do século 16, resumiu da seguinte maneira: “Medo sempre e em toda parte.” FEBVRE, Lucien. *Le Problème de L’Incroyance Au XVI Siècle*. Paris: A. Michel, 1942, p. 380. *Apud* BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, p. 8.

¹⁹⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., pp. 30-31. Nesse sentido, ALCÁCER GUIRAO aponta um “aspecto central da sociedade do risco: a tendência expansiva de atribuição da responsabilidade. Na sociedade de risco o reino do azar ou do infortúnio cede espaços à culpabilidade, como uma necessidade para a estabilidade social.” ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, p. 7.

²⁰⁰ A autora afirma ainda que “O binômio risco-insegurança e, portanto, a aversão ao risco e a consequente aspiração à segurança, faz com que os indivíduos reclamem de maneira crescente ao Estado, a prevenção frente ao risco e a provisão de segurança” In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 31.

há mais de um século em diversos países. A “Sociedade de risco” seria uma segunda modernidade²⁰¹ ou modernidade reflexiva.

Em sua proposição teórica, o sociólogo alemão distingue riscos de três espécies²⁰², quais sejam: os riscos de perigos globais derivados do desenvolvimento tecnológico e industrial, por exemplo com o aumento extremado do efeito estufa; riscos advindos da excessiva exploração de matérias primas encontradas em países subdesenvolvidos, ocasionando, por exemplo, o desmatamento maciço e acelerado das florestas tropicais; os riscos das armas de destruição em massa, em suas diversas espécies, referindo-se ao arsenal nuclear, químico ou biológico, cujo potencial destrutivo seria suficiente para destruição da humanidade.

Cabe destacar, acerca da gênese do que se compreende como “Sociedade de risco”, um marco, ainda que extremamente fluido, decisivo na mudança de contexto se deu com a criação de riscos pelo próprio avanço tecnológico, em escalas que estão além das possibilidades de controle, no que diz respeito aos seus efeitos.

Há, portanto, uma reflexão (por isso modernidade reflexiva) do desenvolvimento da era industrial, sob forma de riscos, o que BECK metaforizou com a expressão “efeito *boomerang*”.²⁰³ Nesse sentido, as consequências da tônica de crescimento das relações econômicas, da produção de bens e das tecnologias afetam de forma global os indivíduos (ainda que os efeitos de catástrofes acabem sendo ainda mais prejudiciais para as classes subalternas).

Além da disputa por bens na sociedade industrial – marca maior da do conflito de classes, cuja dinâmica foi estabelecida na obra marxiana – surge na segunda modernidade um panorama de divisão dos males pela sociedade, os quais são divididos de forma mais homogênea entre as classes sociais, por mais que, como dito, os mais desfavorecidos sempre

²⁰¹ Ressalva-se que há peculiaridades que impedem o tratamento da “segunda modernidade” e da “pós-modernidade” (abordada, por exemplo, na obra de LYOTARD) ou ainda da “modernidade líquida” (de BAUMAN), como sinônimos, ainda que digam respeito a um período cronologicamente assemelhado, qual seja, a segunda metade do século XX até o presente.

²⁰² Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 79-83.

²⁰³ O “efeito *boomerang*” é definido pela forma circular da propagação dos riscos, fazendo com que os seus autores dos riscos acabem por se tornar potenciais vítimas das consequências difusas advindas da produção dos riscos.

padecerão em maior escala no que concerne a gestão de malefícios advindos dos riscos tecnológicos.

Marta Rodriguez de Assis MACHADO aponta uma série de características da “Sociedade de risco” ²⁰⁴. Dentre algumas que merecem destaque no escopo deste trabalho, extraem-se duas:

I - A origem humana dos riscos, derivados do desenvolvimento tecnológico acentuado, sobretudo no Século XX, permitiu a criação de formas inéditas de riscos, cujas consequências são difusas e, em algumas hipóteses, incalculáveis. Nesse sentido, pode-se destacar o uso da energia nuclear, a exploração ambiental desenfreada, os avanços genéticos, o desenvolvimento e manipulação de armas químicas e biológicas;²⁰⁵

II - A dimensão dos novos riscos²⁰⁶, os quais possuem um alcance espacial e temporal incomensuráveis, eis que dotados de ingente potencial de destruição. BECK afirma que diante de algumas formas dos novos riscos “o princípio da causação perdeu sua eficácia”²⁰⁷, já que a atribuição de relações causais se tornam inviáveis diante da ausência de limites, sejam espaciais ou temporais, que estabeleçam qual foi o resultado ao qual se deu causa. Não à toa, os crimes de perigo adquirem protagonismo frente aos novos riscos, uma vez que prescindem de qualquer lesão ou, no caso de crimes de perigo abstrato, mesmo de qualquer ameaça concreta a um bem jurídico em um determinado contexto fático.

4.1 – Um aparte sobre os riscos

²⁰⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005, pp. 38 e ss.

²⁰⁵ Na mesma direção, aponta Ana Elisa BECHARA: “É exatamente essa transformação das ameaças à natureza em ameaças sociais, econômicas sociais, econômicas e políticas do sistema que fundamenta a ideia de sociedade de risco.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 209.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ pondera que deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: estão nos “matando”, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo’. Em realidade, faz tempo que os especialistas descartaram a excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa de tais riscos, que são existentes e em princípio não neutralizáveis. O problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram os riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 28-29.

²⁰⁷ Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Cit., p. 83.

A permanente referência ao risco, manifestada até no nome (“Sociedade de risco”) da teoria de BECK, traz à tona um objeto que passou a ser focal no Direito penal contemporâneo e que, além disso, está estreitamente vinculado ao “Direito penal simbólico”, uma vez que a percepção dos riscos pode se desvincular totalmente da realidade, criando um panorama propício para a utilização manifestamente simbólica do Direito penal, cujos efeitos se propagam expressivamente, independente do aporte objetivo da realidade.²⁰⁸

A insegurança é a tônica da sociedade contemporânea, e isso tem efeito direto sobre o Direito penal, visto que a insegurança, que não é resultado exclusivo da percepção da criminalidade, se consubstancia no temor de ser vítima.²⁰⁹ “O medo da criminalidade e as manifestações do sentimento de medo e insegurança têm raízes que não podem ser encontradas diretamente no problema da criminalidade urbana. O medo se associa à criminalidade por via simbólica.”²¹⁰ Fato é, que essa insegurança coletiva relacionada ao risco de vitimação, ou seja, de sofrer alguma forma de violência criminal, é uma das grandes preocupações dos cidadãos pós-industriais ao redor do planeta²¹¹, não sendo exclusividade de países pobres ou em desenvolvimento, como o Brasil. Significativa, nesse sentido, a observação de Jean Pierre JEUDY acerca do traço característico de nosso tempo: “a ‘condição de vítima’ é a condição que designa o reconhecimento do sujeito numa sociedade de alto risco, ou melhor, que nós imaginamos que seja de alto risco.”²¹²

²⁰⁸ Ilustrativa, acerca da influência da percepção dos riscos na dinâmica social, a seguinte afirmação de BECK, acerca do terrorismo, mas que pode ser interpretada analogicamente para outros crimes que afetam mais diretamente a realidade brasileira: “o que destrói as instituições ocidentais da liberdade e democracia não é o ato terrorista, mas sim a encenação global dele, assim como as seguintes antecipações, ações e reações políticas”. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008, p. 28.

²⁰⁹ Interessante observar como há uma espécie de senso comum cada vez mais difundido em nossa sociedade de que se há alguém no papel de vítima, necessariamente há um culpado no outro polo, por mais tênue que seja o nexo causal. Nesse sentido: “À sensação de insegurança se soma, pois, em nosso modelo social, a existência de um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de uma ‘culpa sua’ ou que, simplesmente, corresponda ao azar. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 46. Em sentido semelhante: “Enquanto a ideologia tem durante muito tempo focado os fenômenos históricos como coisas da natureza, hoje se move para sentido inverso: dar uma explicação humana a todas as catástrofes naturais. Todos os sofrimentos vinculam-se a alguns responsáveis que suportam todo seu peso: não estamos com isto diante de um mecanismo sacrificial?” GARAPON, Antoine, *Juez y Democracia: Una reflexión muy actual*, Madri: Flor del Viento, 1997, p. 104.

²¹⁰ BARATTA, Alessandro. Transcrição de conferência. In: *Mídia & Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, p. 16.

²¹¹ Cf. HOUGH, M. *Anxiety about Crime*. London: Home Office, 1995.

²¹² JEUDY, Jean Pierre. Transcrição de conferência. In: *Mídia & Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ,

BECK afirma, utilizando-se de metáforas, que o risco é algo “que *não* ocorre, mas que *pode* surgir se *não* for *imediatamente* alterada a direção do barco.” O autor prossegue pontuando que: “Os riscos imaginários são chicote que fazem andar o tempo presente. Quanto mais ameaçadoras as sombras que pairarem sobre o presente anunciando um futuro tenebroso, mais fortes serão os abalos, hoje solucionados pela dramaturgia do risco”²¹³. Por seu turno, Roberto CORNELLI esboça como opera a instrumentalização do medo, expediente atinente ao “Direito penal simbólico” que, apenas em um aparente paradoxo, oferece soluções expressivas para uma sensação instrumentalizada (a insegurança coletiva):

O medo da criminalidade constitui o principal recurso simbólico para a legitimação das instituições em crise. O temor da violência que ameaça a ordem es redescoberto como uma experiência afetiva fundamental nas relações entre os cidadãos e as instituições: esta emoção constitui o terreno simbólico sobre o qual as instituições modernas, afetadas por uma espécie de ‘medo sagrado’ de perder a capacidade de criar ordem, intentam legitimar-se e sobre a qual, em todo caso, vão se construindo novas formas de cidadania. As instituições penais (polícia, tribunais, cárceres) mais que as outras, representam a tentativa moderna de ‘enjaular’ a violência – precisamente com o significado weberiano de gerir o modo racional e burocrático – é sobre elas que se voltam as expectativas de ordem e segurança.²¹⁴

Em linha semelhante, Ana PÉREZ CEPEDA aponta que a racionalização dos riscos serve ao modelo de Direito penal instituído nas últimas décadas, pois “permite instrumentalizar os perigos para conseguir uma automática legitimação à lei e ordem estabelecidas, uma adesão ao projeto ideológico e normativo de quem tem a capacidade de impor a definição dos riscos.”²¹⁵

SILVA SÁNCHEZ, por seu turno, também expõe o risco como traço marcante da sociedade contemporânea, além de apontá-lo como ensejador de uma série de sensações,

1994, p. 71.

²¹³ Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Cit., p. 178.

²¹⁴ CORNELLI, Roberto. *Miedo, criminalidad y orden*. Tradução de Flavia Valgiusti. Buenos Aires: BdeF, 2012, p. 336.

²¹⁵ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: Iustel, 2007, p. 24.

dentre as quais cabe destacar o sentimento de insegurança. O jurista observa que:

Dada a perspectiva da dimensão subjetiva da configuração social, nossa sociedade pode ser definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os “novos riscos” – tecnológicos e não tecnológicos – existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.²¹⁶

A disseminação de uma cultura de insegurança contribui para um descolamento da percepção da realidade²¹⁷ e do que nela é verificado objetivamente. A subjetividade da percepção dos riscos acaba por afastar a racionalização das possibilidades e gravidade de determinado risco, o que poderia ser estabelecido por meio de estatísticas que atribuiriam a possibilidade de um fato ocorrer bem como a probabilidade da extensão dos danos advindos deste fato. A insegurança propicia a percepção da realidade calcada no risco. Tal fenômeno é denominado *dangerization*²¹⁸, tratando-se da tendência de perceber e analisar o mundo por meio de categorias de ameaça.²¹⁹ Tal fenômeno não está exclusivamente ligado à existência de perigos mas também à percepção de irregularidades. Assim, um comportamento inesperado e, conseqüentemente, alguma forma de inovação, também são percebidos como ameaça, eis que ultrapassam as margens da expectativa, deslocando-se para além do plano da regularidade.

²¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 32. Em outro trecho da obra citada, o autor afirma ser inegável que a aparição dos novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim, as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes. Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva deles. Expressando de outro modo, existe uma elevadíssima “sensibilidade ao risco”. p. 37.

²¹⁷ A construção da percepção da realidade não se fundamenta apenas em dados empíricos, estes que são ainda menos considerados em situações em que reações emocionais são estimuladas, como é o caso da exploração – por parcela da mídia e por políticos – do sentimento coletivo de insegurança.

²¹⁸ Um neologismo possivelmente adequado à tradução da expressão inglesa seria “pericularização”.

²¹⁹ Cf. LIANOS, Michalis; DOUGLAS, Mary. *Dangerization and the End of Deviance: the Institutional Environment*. In: *Criminology and Social Theory*. Oxford: Oxford Press, 2000, *passim*.

O cálculo do risco é feito a partir da contraposição de determinado perigo (entendido como capacidade de lesionar algo, ou seja, na ótica do Direito penal, afrontar um bem jurídico) em razão de sua probabilidade²²⁰.

Assim, pode-se pensar, a título exemplificativo, em um ataque nuclear, cujo perigo contra bem jurídicos como vida, patrimônio, saúde, dentre outros, é da ordem do incomensurável. Todavia, a probabilidade de que isso ocorra é extremamente baixa. Por outro lado, a probabilidade de um indivíduo estar pilotando uma moto, em qualquer momento do dia, na malha viária de uma cidade, sob o efeito de álcool é muito acentuada, no entanto, *per si*, este ato representa uma diminuta ameaça a bens jurídicos. No entanto, ainda que o perigo (ressaltando-se, como sinônimo de dimensão de dano e não de risco) de um ataque nuclear seja extremamente superior ao de um motociclista embriagado, a probabilidade de ser vitimado (leia-se, ferido, tendo seu patrimônio avariado ou, em uma situação extrema, morto) pela segunda hipótese é sensivelmente maior.

Cada um dos dois exemplos possui uma variável diferente acentuada: o perigo no caso do ataque nuclear e a probabilidade no caso da embriaguez na condução de veículo motorizado. Todavia, por não conjugarem, concomitantemente, um patamar elevado nas duas variáveis, o risco das duas formas de ofensa é considerado incipiente; por conseguinte, bombas atômicas e motociclistas embriagados se tratam de temores exacerbados na sociedade.

Situação diversa, contudo, ocorre em um cenário no qual haja uma somatória de relevante perigo e considerável probabilidade (sensivelmente superior do que a de um ataque nuclear), concebendo-se, dessa forma, uma situação de risco. Em nossa realidade, pode-se pensar em alguns exemplos que apontam para essa condição, quais sejam, o sequestro relâmpago (artigo 158, § 3º do Código Penal) o roubo simples ou qualificado (artigo 157, *caput*, § 1º e 2º do Código Penal, com possibilidade de se tornar um latrocínio, previsto no § 3º do artigo 157), dentre outros...

O perigo a bens jurídicos nessas condutas delitivas é indiscutível. Indubitável é também o temor dos cidadãos em relação a esses crimes. Todavia, o medo de ser vitimado por esses delitos se justifica, dentro de uma análise objetiva de possibilidades? A probabilidade de que, por exemplo, um latrocínio ocorra, em uma relação de número de casos *versus* tamanho

²²⁰ *Ibid.*, p. 112.

da população, é tão acentuada? Eles provocam comoção e são exaustivamente noticiados, o que deturpa a percepção acerca deles.

Obviamente, os índices de criminalidade do Brasil são alarmantes, no entanto, o medo compartilhado pela sociedade seria justificável (em termos racionais) em um cenário ainda mais violento. Apenas em uma análise estatística, portanto fria e axiologicamente neutra, pode-se afirmar que as chances de ser vitimado em um latrocínio são remotas²²¹. Todavia, tamanha é a gravidade desse delito e a comoção causada pela veiculação de casos do gênero na mídia, que o sentimento de “próxima vítima” é introjetado nos cidadãos.

Há que se ressaltar que as remotas possibilidades de ser vitimado por um crime como latrocínio, se vistas sob a frieza estatística, não podem servir de evidência que aponta para uma situação confortável, isto porque quando confrontado com índices de outros países, o Brasil apresenta números brutais. Diminuir este índice não pode deixar de ser um objetivo razoável, o que poderia ser atingido por meio de uma pluralidade de esforços, sendo que a implementação de um Direito penal rigorista tem demonstrado que em pouco ou nada contribuiria para o alcance de tal meta.

Concluindo esse aparte acerca dos riscos, cabe uma menção a um problema central na verificação do medo em relação a criminalidade. O dilema observado na verificação desse medo reside nos critérios pelos quais tenta-se aferir essa sensação. Nesse sentido, a explicação de Roberto CORNELLI, no que concerne ao problema metodológico de verificação do medo de ser vítima de crime(s):

Em geral não se mede o medo referente à criminalidade, e sim uma ansiedade genérica, apontada por alguns como *formless fear* (medo sem forma), isto é, um sentimento genérico de mal-estar na vida cotidiana, não necessariamente determinado por se ter sido vítima de um delito. A pergunta “Quão seguro você se sente ou se sentiria de estar fora sozinho, no seu bairro, à noite?” não deve ser um indicador do medo da criminalidade, pois omite a referência à criminalidade. Como sugerem alguns autores, o

²²¹ Segundo dados da Secretária de Segurança Pública do Estado de São Paulo, o número de latrocínios em 2010 no estado de São Paulo foi estimado em 253 casos (0,09% do total das mortes naquele ano) dentro de um universo, à época, de 263.517 óbitos no estado, que possuía em 2010, uma população de 41.252.160 de pessoas, segundo recenseamento realizado pelo IBGE.

entrevistado poderia ter medo do ataque de um cão, de ser atropelado por um carro ou, simplesmente, do escuro.²²²

Buscou-se, diante desse impasse metodológico, a atribuição de um significado de medo específico à criminalidade, por meio do estabelecimento do contexto no qual surge tal medo. Para tanto, lançou-se mão, inicialmente, do conceito de medo dentro das Ciências Sociais, segundo a qual “o medo da criminalidade foi definido como uma emoção nascida da percepção de uma ameaça iminente medida num ato de outra pessoa e que provoque uma reação psicofísica.”²²³ Nesse sentido, o risco é valorado mediante um juízo de probabilidade do delito acontecer, o que não implica automaticamente na sensação de medo, que depende muito mais da iminência do ato. Deste modo, em prol de um uso terminológico adequado, parece ser correto afirmar que o sentimento compartilhado coletivamente é de insegurança, o qual pode ser um facilitador de eventuais sensações de medo, já que situações inofensivas podem ser mais facilmente interpretadas como uma ameaça iminente.

4.2 – Uma aproximação preliminar do risco ao símbolo

Demonstradas as características basilares da “Sociedade de risco” teorizada por BECK, torna-se possível aproximá-la de modo mais tangível do contexto do “Direito penal simbólico”. No início deste subcapítulo, justificou-se perfunctoriamente de que forma os fenômenos estão ligados e como, em grande medida, o “Direito penal simbólico” tomou consideráveis dimensões possivelmente em virtude das condições da “Sociedade de risco”²²⁴.

²²² CORNELLI, Roberto. Ética e Criminologia: O Caso do Medo da Criminalidade. Tradução de Nuno Coimbra Mesquita. In: *Revista Impulso Piracicaba*, vol. 14, nº 135, Piracicaba, set./dez. de 2003, pp. 52.

²²³ CORNELLI prossegue distinguindo o medo de outras sensações: A ansiedade difere do medo, na medida em que não é gerada por um sinal concreto de perigo (mesmo se isso, num segundo momento, resultasse não real ou não efetivo). Ela é um tipo de inquietude contínua, sustentada pelo pressentimento, sem base em sinais externos concretos de que alguma coisa desagradável e perigosa está para acontecer. A preocupação é um sentimento fundado na percepção da realidade mediada pelos valores e pelo juízo pessoal sobre ela. Quando se está preocupado com alguma coisa, não acontecem mudanças psicofísicas, nem mesmo ocorrem pressentimentos negativos, mas normalmente há algum problema ocupando a mente e os pensamentos. Brodeur clarifica a diferença entre preocupação e medo de uma maneira muito sugestiva: os moradores de Quebec podem estar preocupados com o problema da fome no Terceiro Mundo, mas, seguramente, não têm medo de sofrer a fome eles mesmos. CORNELLI, Roberto. Ética e Criminologia... cit., p. 52.

²²⁴ A noção de “Direito penal do risco” descreve um alargamento do interesse penal decorrente de inovações

Apontar-se-á, em síntese, dois argumentos proeminentes em favor da contextualização do “Direito penal simbólico” sob o panorama da teoria de BECK.

Em primeiro lugar, destaca-se que a insegurança advinda dos riscos, conforme observado por BECK, não possui margens bem estabelecidas e se mistura a temores relacionados a riscos individuais, oriundos do medo em ser vitimado por condutas tipificadas no modelo clássico de Direito penal. Não parece ser possível fracionar o sentimento de medo individual em parcelas que cindem as inseguranças advindas de riscos tutelados penalmente, de tantas outras formas de risco que não possuem relevância, ao menos dentro do contexto de um Direito penal que observe princípios basilares.

Contudo, é imprescindível para o êxito político, que os estadistas e legisladores consigam manejar o medo coletivo, sintoma característico da contemporaneidade. Utilizam-se, portanto, instrumentos que tentam aplacar essa sensação comungada pela sociedade. De longe, o Direito penal é o expediente mais usado para tanto. Há uma confusão – possivelmente proposital – de categorias distintas das quais se originam os riscos e, por conseguinte, a sensação de insegurança que sintetiza as diversas formas de risco. A intencional confusão se estabelece a partir do uso do Direito penal como forma proeminente de apaziguamento da insegurança coletiva.

Todavia, esta sensação não advém apenas do temor das condutas penalmente relevantes. Assim, o medo da violência oriunda da lesão de bens jurídicos faz parte, mas não representa a totalidade da insegurança que acomete os indivíduos, que pode se originar sob as mais diversas formas de riscos que não parecem possuir qualquer relação imediata com o Direito penal, como é o caso do desemprego, da inflação, da diminuição do poder de consumo, das incertezas sobre determinados riscos (como no caso dos transgênicos) transgênicos, das rotineiras epidemias de gripe com nomes de animais, dos furacões com nomes femininos, das enchentes e da poluição do ar (adentrando no contexto de algumas metrópoles brasileiras), etc...²²⁵

como tecnologias advindas da informática, a evolução da medicina, dentre outras tantas formas de evolução tecnológicas. Nota-se, portanto, que diante das novidades e seus incomensuráveis efeitos, tem-se buscado utilizar o Direito penal como forma de precaução, dentro de um escopo de penalização do perigo abstrato.

²²⁵ “A violência criminal é uma das formas como se expressa a violência nas grandes cidades (...) No entanto, a própria organização das cidades, a lógica da produção capitalista industrial urbana, a malha burocrática urbana que sufoca os indivíduos, o tráfego de veículos, a poluição e as condições precárias de vida no espaço urbano acabam por expressar formas de violência.” DORNELLES, João Ricardo. Os perigos da dramatização da violência. In: *Revista da associação dos juízes para a democracia*, nº 1, São Paulo, Nov. de 1993, p. 4.

Fato é que o Direito penal, sobretudo em países como o Brasil, está longe de conseguir proteger bens jurídicos de forma satisfatória, já que o índice de criminalidade se mantém em patamares elevados, acima do subjetivo critério do razoável. Ainda que o Direito penal conseguisse um decréscimo da criminalidade, a diminuição do medo de tal violência ainda seria uma incógnita, pois é possível, por exemplo, que um crime isolado noticiado com exaustão propiciasse um sentimento de medo desproporcional às estatísticas. Se o Direito penal nem ao mesmo consegue aplacar o medo advindo das condutas por típicas, muito menos será capaz de diminuir a sensação de insegurança em sua totalidade.

Assim, o Direito penal – claramente inefetivo em seu propósito manifesto de proteção de bens jurídicos – não representa um instrumento adequado de apaziguamento do medo advindo de suas condutas tipificadas. Quando o Direito penal é aplicado com tal intuito apaziguador, observa-se que a insegurança apenas é aplacada temporariamente, em virtude da notável “fé” da coletividade em leis mais severas. Frisa-se que apenas a percepção da violência é aplacada, não há qualquer mudança significativa na realidade, ou seja, objetivamente, os riscos não diminuem notavelmente em virtude da implementação de normas penais mais severas.

Portanto, além de temporária, a efetividade do Direito penal – como instrumento de apaziguamento da insegurança coletiva – está restrita apenas à percepção subjetiva²²⁶, sem modificações na realidade. A duração do efeito do recrudescimento oriundo de alguma criação ou modificação do Direito penal é breve em virtude de um panorama de temor constante, imune a soluções pontuais e fugazes. Isto porque ainda que as formas de criminalidade se modifiquem²²⁷, o montante de condutas que são tipificadas como crime, ou seja, o total de fatos típicos, sempre permanecem em níveis excessivos e disso decorre o temor coletivo.

Notável, no entanto, que o temor costuma ser canalizado em determinados crimes de forma permanente e de forma especialmente acentuada sobre algumas formas em contextos

²²⁶ A percepção da violência é construída subjetivamente por meio das informações e experiências interpretadas individualmente. Todavia, nesse contexto em que há uma segurança compartilhada, pode-se afirmar que há um fenômeno que poderia ser entendido como “subjetividades coletivizadas”, já que os comportamentos individuais, no que concerne a percepção da violência, tendem a ser exacerbados de forma relativamente uniforme, o que se assemelharia ao que Gustave LE BON denominou de “efeito de manada”. Assim, a pluralidade de subjetividades, quando confrontadas, demonstram um traço comum no que se refere a percepção dos riscos, dentre os quais estão aqueles tipificados, que atentam contra bens jurídicos penais. Interessante observar que esse temor coletivo se perpetua, pois interfere no comportamento social como um todo, modificando as subjetividades e inculcando essa sensação de forma coesa.

²²⁷ Há inclusive “processos migratórios” nos quais indivíduos que costumavam praticar determinados crimes passam a cometer outros tipos, em virtude, eminentemente, de cálculos de conveniência e custo-benefício.

específicos, o que pode ser explicado por alguma conduta que sirva de chama inicial e desencadeie o processo de atenção sobre aquela prática. Para tanto, basta, por exemplo, que um crime cause comoção e estimule condutas semelhantes²²⁸ e/ou faça com que a imprensa lance os olhos com mais insistência para aquele tipo de delito. Assim, observa-se que o temor sobre as formas de delito possui um componente cíclico, totalmente ligado ao interesse que é destinado a uma forma específica de conduta, advindo disso a noção de “crime da moda”²²⁹, explorados exaustivamente pela mídia. Os “crimes da moda” se desvelam sucessivamente, preenchendo todo o decorrer do tempo. Assim, a variável do temor social se mantém acentuada, visto que sempre há um novo risco, algo a que se temer, pois, ainda que as condutas se modifiquem e crimes diversos se revezem na posição de centro das atenções da mídia e da sociedade, seus efeitos deletérios conservam a sensação de insegurança da sociedade.

Por mais que empiricamente demonstrado os malefícios do Direito penal quando utilizado como paliativo²³⁰, ele permanece com o status de eficaz no que diz respeito à função de serenar os temores coletivos relacionados à criminalidade, não à toa usa-se o Direito penal tão rotineiramente para tal propósito. No entanto, muito além disso, ele é manipulado – com a criação de leis mais rigorosas e no aumento de seu alcance – para aplacar a sensação de insegurança em toda a extensão desta. Atribui-se ao Direito penal tal missão, por mais que considerável parte dessa insegurança tenha ligação com elementos que estão muito além das possibilidades de tutela penal, ou seja, tratem-se de temores causados por riscos que não estão tipificados na legislação penal. O Direito penal dá conta de aplacar apenas de forma extremamente incipiente o sentimento coletivo de insegurança.

SILVA SÁNCHEZ aponta com precisão a confusão entre conteúdo e continente, ou seja, a noção do medo da criminalidade como responsável pela sensação de insegurança compartilhada pela sociedade. Nesse sentido o autor espanhol afirma que o medo da

²²⁸ O que é chamado de *copycat effect*, que é o comportamento de indivíduos que repetem ações criminosas em voga, o que é desencadeado pelo sensacionalismo provocado pela publicidade. Cf. COLEMAN, Loren. *The Copycat Effect*. Nova Iorque: Paraview Pocket-Simon and Schuster, 2004.

²²⁹ ZAFFARONI aponta que o aumento de uma conduta delituosa em virtude da exposição midiática foi vista claramente na Argentina: “difundiu-se o ‘sequestro express’, porém o mais grave é que se vulgarizou a ideia de que o sequestro é delito ‘fácil’ e rentável. Com isso, multiplicaram-se os sequestros praticados por amadores, que resultaram em mortes, pois estes são os mais perigosos para a vida das vítimas. In: ZAFFARONI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 76.

²³⁰ O efeito nefasto da perda da instrumentalidade do Direito penal em virtude de seu insistente uso paliativo é um ponto nevrálgico deste trabalho. Nesse sentido, cf. sobretudo o subcapítulo “7.3 – Acerca da efetividade”.

criminalidade representa uma concreção de um conjunto de medos difusos dificilmente perceptíveis que de algum modo são inerentes à posição das pessoas nas sociedades contemporâneas. Prossegue ele pontuando que o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada.²³¹

Conclui-se disso, em uma lógica tacanha, que a eficácia do Direito penal é tremendamente baixa na consecução de tal propósito, em virtude de sua brandura. Assim, paulatinamente, o Direito penal tem de ficar cada vez mais rigoroso, clama-se por leis cada vez mais severas, pois as atuais ainda não são capazes de aplacar a insegurança da população. Esta perniciosa ótica acaba sendo difundida na sociedade, apontando uma deficiência quantitativa no Direito penal, visto como insuficientemente rigoroso, ao invés de atribuir uma incapacidade qualitativa, segundo a qual, o Direito penal não possui as características necessárias para ser utilizado como protagonista na tarefa de diminuir a insegurança coletiva. Cria-se, portanto, uma deturpação, que inclusive já foi contextualizada na doutrina estrangeira, por exemplo, na afirmação de que “a política criminal da “Sociedade de risco”²³² produz uma segurança simbólica e uma desintegração do Direito penal condizente com um Estado de Direito.”²³³

Além disso, outro ponto que tangencia a “Sociedade de risco” com o “Direito penal simbólico” é a demonstração, na teoria de BECK, de como os indivíduos não tendem a analisar os riscos de forma objetiva.²³⁴ Estatísticas e probabilidades importam muito menos na construção subjetiva da realidade, do que informações incutidas com um apelo emocional nos indivíduos. Essa constatação permeia toda a construção do contexto no qual a gênese da

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 30. Sobre o medo e a “cultura do controle” cf. LEE, M. *Inventing fear of crime: criminology and the politics of anxiety*. Cullompton: William publishing, 2007; ROSS, Edward A. *Social control: a survey of the foundation of order*. Cleveland: Case Western Reserve University Press, 1969, *passim*; SILLS, David L. (Dir.) *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, vol. 3. Madri: Aguilar, 1974, pp. 160-172, verbete “Control social”.

²³² Cujo exemplo mais visível é o dos crimes de perigo abstrato. Nesse sentido: “O emprego da figura do delito de perigo abstrato pretende garantir a proteção penal total e sem lacunas frente a novas situações de ameaça. Não se quer evitar somente a produção de modo imprudente de um resultado lesivo, mas também adiantar a prevenção para melhor garantir a segurança e a própria sensação de segurança” MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001, p. 79.

²³³ *Ibid.*, p. 57.

²³⁴ Um exemplo da subjetividade do medo acerca da criminalidade é suscitado por CORNELLI: “alguns autores teorizaram a existência de um paradoxo na investigações sobre o medo da criminalidade, a pessoas anciãs e mulheres se encontram menos expostas a episódios criminais e são menos vitimizadas, mas experimentais mais temor a sofrer um delito.” CORNELLI, Roberto. *Miedo, criminalidad y orden*, cit., p. 68. As possíveis respostas para tal aporia são esboçadas pelo autor mais a frente, às páginas 69 e 70.

deturpação simbólica do Direito penal ocorreu de maneira maciça.

4.3 - O contexto da distorção dos símbolos no Direito penal

A partir do ponto de partida teórico anteriormente esboçado (a teoria sociológica de Ulrich BECK, na qual é retratada a “Sociedade de risco”) delineou-se um panorama da condição social das últimas décadas, sob um viés intimamente ligado ao campo do Direito penal, o que foi preliminarmente demonstrado nos últimos parágrafos. Todavia, a análise empreendida nos subcapítulos antecedentes foi primordialmente voltada ao terreno em que o “Direito penal simbólico” se desvela. Nesse sentido, buscou-se construir um acervo acerca da sociedade contemporânea (a partir do prisma esboçado por BECK), possibilitando concatenar o contexto social com a dinâmica do Direito penal pós-industrial e, então, do “Direito penal simbólico”.

Há, dentro do contexto pós-industrial um panorama de desconstrução das estruturas que foram se solidificando desde o período da Ilustração, bem como também se observa uma derrocada nas ideologias que surgiram ao longo do período moderno (sobretudo após a revolução industrial).

As instâncias informais de controle, como a moral e as religiões, vão cada vez mais perdendo sua força em razão de um processo de desaglutinação. O núcleo moral incontestável e consensual à coletividade tornou-se diminuto, sendo que a uniformidade moral outrora estabelecida pelas classes dominantes deu lugar à polarização das regras morais e ao surgimento de grupos²³⁵ que lutam pelas mais diversas questões, formando um emaranhado de moralidades heterogêneas, que disputam espaço e poder dentro da sociedade, o que pode ser verificado nos pleitos de organizações não-governamentais que atuam em demandas pontuais.²³⁶ Assim, uma ONG que trabalha em prol da preservação de um tipo de vegetação

²³⁵ Denominados por SILVA SÁNCHEZ de “gestores atípicos da moral”.

²³⁶ “Daí o paradoxo destacado por Castells: ‘Políticas cada vez mais locais num mundo estruturado por processos cada vez mais globais.’ Houve uma produção de sentido e de identidade: a minha vizinhança, a minha comunidade, a minha cidade, a minha escola, a minha árvore, o meu rio, a minha praia, a minha igreja, a minha paz, o meu ambiente. As pessoas, desarmadas diante do vórtice global, fecharam-se contra si mesmas. Gostaria de observar que quanto mais se fecham em si mesmas, mais ficam desarmadas diante do vórtice global, e tendem a se tornar também mais fracas na hora de decidir sobre os sentidos e as identidades locais, que são *suas*

não atuará, por exemplo, no combate à violência de gênero. Há ainda a possibilidade de colisão entre interesses destes grupos, podendo-se pensar, nesse sentido, em uma ONG que atua em defesa dos animais e de outra que busca resguardar a tradição cultural de uma região ou povo, por exemplo, as touradas.

No que concerne às religiões, há uma vastidão de denominações que se sustentam numa extensa gama de dogmas, o que é um sintoma benéfico do ponto de vista da liberdade e do pluralismo, mas também contribui para um processo desagregador da expressão religiosa como controle informal. Além disso, nota-se um crescimento do número de indivíduos que não são praticantes de qualquer religião, sejam eles ateus, agnósticos ou mesmo deístas sem vínculo com qualquer denominação. Ressalva-se que se apresenta aqui uma descrição do panorama social, isento de juízo de valor, intentando-se apontar como esse câmbio de perspectiva deixou um vácuo na configuração das formas de controle social que se sustentavam ao longo dos últimos séculos no Ocidente.

Fato é que o inédito grau de aceleração da dinâmica social, sobretudo na intensidade com que as interações adquirem complexidade, gera um desafio aos instrumentos que tem o condão de controlar a sociedade. Os instrumentos informais como a moral e religião, como já foi apontado, perderam força, não tanto por uma retração de seu alcance, mas sim por uma dissipação interna de seus conteúdos.²³⁷ Nesse sentido, as possibilidades de decisões, nos mais diversos âmbitos – passando desde a escolha de uma religião, de uma orientação política, até formas de fruição cultural, ou mesmo da abdicação de tudo isso – são vastíssimas, inconcebíveis ao mais lunático visionário que vivesse há 100 ou mais anos.

Há, portanto, um cenário permeado por dúvidas sucessivas, decorrentes da pluralidade de opções de escolhas nos mais diversos âmbitos na vida do indivíduo pós-industrial. Tamanho grau de liberdade e trajetos traçáveis parece causar a aflição típica da incerteza, característica da passagem do ontológico ao ôntico, pensando em termos filosóficos.

Surgem, em tal cenário – face à derrocada das ideologias, bem como da ausência homogeneidade moral e o fim do “monopólio” ou o “oligopólio” de algumas denominações

exatamente por serem locais, para grande alegria dos operadores globais, que não têm motivo algum para temer os desarmados. In: BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, pp. 32-33.

²³⁷ Acerca do tema, cf. FUZIGER, Rodrigo. Margeando o Estige: O direito penal e a limitação dos crimes de ódios relacionados à religião. In: *Revista General de Derecho Penal*, v. 19, Madri: Iustel, 2013.

religiosas – notáveis dificuldades de orientação cognitiva. Decorre disso a necessidade de um cerceamento das possibilidades de orientação para que haja uma mitigação da pluralidade de possibilidades. Ou seja, em lugar das dualidades pecado/não pecado e moral/imoral – que foram relativizadas no panorama pós-industrial – a sociedade busca amparo em outro binômio com uma função reducionista, que permita a orientação das ações mediante o mais simples critério de divisão possível, que é binomial.

Elementos normativos são fundamentais para o estabelecimento de um plano em que expectativas, acerca de comportamentos, devam estar asseguradas. É justamente aí que entra em cena a dicotomia expressa pelo Direito: legal/ilegal, sendo que no Direito penal tal dualidade ganha contornos ainda mais expressivos, já que nele o ilegal é sinônimo de crime, termo este que (salvo raras exceções de normas penais com caráter administrativo) resgata por similaridade a ideia de pecado e imoralidade²³⁸, conceitos mitigados na contemporaneidade, mas que ainda influenciam o comportamento social.²³⁹

O asseguramento por meio de normas jurídicas acaba sendo o grande protagonista do balizamento dos critérios comportamentais limítrofes da sociedade, ou seja, o estabelecimento do que é permitido, do que é obrigatório e do que é proibido. Destaca-se mais uma vez o papel fundamental do Direito penal nessa tarefa de delimitação. Insistindo-se no movimento de substituição de parte do terreno que pertenci aos controles informais, pelo Direito (sobretudo penal). Então, nesse contexto em que a noção de pecado e de imoralidade perderam boa parte de seu capital significativo, satura-se justamente a noção de ilícito, mais especificamente, a concepção de crime, como elemento último de desvalor e, por conseguinte,

²³⁸ Fundamental ressaltar que a ingerência moral (em seu sentido dinâmico e casuístico e não em seu significado erroneamente atribuído como sinônimo de “ética”) e de religiões sobre o Direito penal é contingente. Nesse sentido, é insustentável que condutas sejam penalizadas simplesmente porque imorais e pecaminosas, pois é imprescindível que elas sejam também ofensivas, sob o prisma de um Direito penal mínimo, pautado pela proteção subsidiária de bens jurídicos como interesses individuais dentro de uma coletividade. Embora ainda desrespeitada, tal premissa tem mais de séculos de existência, esboçada por HOMMEL, em obra do fim do século XVIII: “É necessário distinguir pecado, delito e atos depreciáveis. Ter um buraco na meia não é delito, nem pecado, mas algo vergonhoso. Casar-se com a própria irmã é um pecado aos olhos dos cristãos, mas não é um ilícito. Pois, só pode ser considerado delito o ilícito mediante o qual se ofenda alguém. Este é o único objeto das leis penais. Algo pode ser vergonhoso, algo pode ser pecaminoso e, em que pese isso, não constituir um delito. O ser humano, o cidadão e o cristão são três conceitos diferentes”. HOMMEL, Karl Ferdinand. *Des herrn marquis von Beccaria unterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, Hommelische Vorrede, 1778. Apud. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madri: Iustel, 2012, p. 231.

²³⁹ Isso não ocorre, por exemplo, em uma infração administrativa. Assim, enquanto matar, roubar, abortar dentre tantas outras condutas típicas existentes no Direito penal em sua perspectiva clássica são também pecados e imoralidades, não se diz o mesmo – usando um exemplo banal – de uma conduta como fazer uma conversão com um veículo sem sinalizar (usar a seta), que é exclusivamente uma ilegalidade.

de cerceamento do comportamento humano. Se a “lei divina” perdeu sua capacidade de intimidação de outrora e a moral²⁴⁰ é vista como relativa, resta como último baluarte a letra fria da lei positiva. Possivelmente, volta-se a repetir, essa perspectiva conturbada se ajuste em uma nova configuração social muito mais salutar, liberta de amarras morais ou religiosas que não merecem prosperar em uma sociedade racional e livre. Para tanto, a opção tomada em favor do Direito como orientação cognitiva não parece ser promissora. O que importa realmente apontar neste momento, independente de vaticínios sobre os rumos sociais, é o acréscimo de poder conferido a quem cria e opera o Direito penal e como as expectativas da coletividade sobre este último resultam em um pano de fundo perfeito para a implementação do “Direito penal simbólico”.

Nota-se, em síntese, que fenômenos como a desestruturação de ideologias, a heterogeneidade moral e o ceticismo acerca do projeto de modernidade, criaram um rompimento da orientação cognitiva em seu sentido construtivo. Tem-se invocado, portanto, a atribuição de critérios negativos (limitadores da ação) como norteadores da sociedade. SILVA SÁNCHEZ afirma que em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito penal, *malgré lui*, a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade.²⁴¹ Recai, portanto, sobre o Direito penal, uma atribuição que em nosso entender não se coaduna com seu propósito.²⁴²

²⁴⁰ Ainda que colateral ao tema e sobretudo ao cerne do trabalho não se pode olvidar a tendência, tida por alguns por “moralista”, da sociedade “politicamente correta”. Tal perspectiva não pode ser comparada, devido à sua aceitação apenas parcial por parte da sociedade, com o sistema moral unívoco do passado, em que determinados valores eram compartilhados pelos indivíduos de forma muito mais homogênea. Acerca da onda “politicamente correta”, de fato, felizmente se nota uma menor tolerância com práticas como racismo, a homofobia e até mesmo, em outro âmbito, com a corrupção (muito possivelmente em razão da maior fluidez de ideias e capacidade de mobilização oriunda, por exemplo, do uso de redes sociais). Todavia, importante apontar – corroborando a tese de sobrecarga do Direito – que tais demandas estão quase sempre acompanhadas de um clamor de penalização, não se limitando (e em alguns casos isso é necessário e salutar) a apenas as sanções extraleais. Ou seja, essa possível nova moralização pode estar mais do que nunca (mais até que à época em que a moral vigente impunha a penalização do adultério) lançando mão de um expediente punitivo legal, mais que isso, penal. Acerca disso, cf. o subcapítulo “4.3.5 – A esquerda punitiva”.

²⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriais. Madri: Civitas, 2001, p. 41-42.

²⁴² Nesse sentido, uma preciosa análise do Direito penal sobre o prisma da Psicologia: “Ao materializar-se entre codificações, muros e grades, a Lei Penal – por sua própria natureza a mais incisiva e compulsória entre as leis estatais – surge em socorro ao homem desamparado: o adulto crescido que, embora não mais se possa submeter a seu progenitor, ainda precisa ser comandado, sob pena de, sem a presença firme de um pai categórico e temível, ver-se, tal como os assassinos primevos, inerte. Entre as diversas desgraças inerentes à vida. O ser humano precisa, ao menos enquanto não se pode guiar a si mesmo, de um pai repleto de regras, capaz de apontar caminhos a serem seguidos e a serem evitados, capaz de puni-lo se desobediente e assim capaz de, diz JUNG, orientá-lo em sua perplexidade.” BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação*: um estudo junguiano sobre o impacto das leis penais na sociedade. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 96.

Sergio ADORNO aponta que nem é preciso lançar mão da justificativa da sobrecarga do Direito penal, uma vez que há uma incapacidade de funcionamento satisfatório que é histórica e imanente ao seu campo de atuação, como instrumento de controle social formal. Assim, em grande parte das sociedades do mundo ocidental, nota-se que os dilemas do controle democrático criminal são substanciais. Desse fracasso estatal em oferecer políticas públicas de segurança e justiça, decorre “a generalização de um sentimento coletivo de impunidade isto é, um sentimento de que os crimes não estão sendo punidos, ou, quando o são, não o são devidamente.”²⁴³ Ou seja, mesmo no passado, em uma sociedade mais homogênea (menos complexa, portanto), a efetividade do Direito penal já era objetada. Não é difícil concluir que hoje, em um panorama muito mais heterogêneo no qual há um patamar de exigência do Direito penal muito mais elevado, o “sentimento coletivo de impunidade” tende a aumentar vertiginosamente. Como consequência, exige-se mais ainda do Direito penal, no sentido de que ele deve ser mais duro e mais ampliado, em um movimento de expansionismo reformista que se repete, carente de uma conclusão óbvia que pode ser expressa metaforicamente: há medicamentos que não curam certas doenças, independente da dose que seja aplicada.

Satura-se portanto o Direito penal com demandas com as quais ele nunca esteve apto a lidar. Há questões que fomentam a criminalidade que vão muito mais além da capacidade do Direito penal em contorná-los, seja em suas finalidades preventivas ou pela mera atribuição da pena como retribuição.

Apenas como um exemplo dessa dinâmica de criminalidade e criminalização²⁴⁴ que se desvela na sociedade em patamares superiores às possibilidades de um Direito penal, pode-se recorrer ao pensamento de Zygmunt BAUMAN. O sociólogo polonês – analisando a pós-modernidade, em um contexto aplicável ao nosso recorte da sociedade pós-industrial – aponta que o aumento das taxas de criminalidade é um fator interligado ao consumismo capitalista, produtor que é de deslocados e excluídos:

²⁴³ ADORNO, Sérgio. Contemporaneidade, poder e novos ilegalismos. In: *Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: FAPESP, 1, 1996. pp. 137-138.

²⁴⁴ Que de certa forma é até mesmo potencializada pelo Direito penal, seja – abstratamente – em função da tipificação de cada vez mais condutas, ou – na prática – no cotidiano das prisões que falham na pretensa tarefa de ressocializar, funcionando mais como instrumentos de perpetuação da criminalidade.

A crescente magnitude do comportamento classificado como criminoso não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista plenamente desenvolvida e universal. Ao contrário, é seu natural acompanhamento e pré-requisito. É assim, reconhecidamente, devido a várias razões, mas eu proponho que a principal razão, dentre, elas, é o fato de que os ‘excluídos do jogo’ (os consumidores falhos – os consumidores insatisfatórios, aqueles cujos meios não estão à altura dos desejos, e aqueles que recusaram a oportunidade de vencer enquanto participavam do jogo de acordo com as regras oficiais) são exatamente a encarnação dos ‘demônios interiores’ peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em guetos e sua incriminação, a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados, a crueldade do destino que lhes é imposto, são, metaforicamente falando – todas as maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie.²⁴⁵

Destaca-se como consequência da incapacidade de lidar com a crescente variedade e volume de práticas delitivas, uma tendência expansiva do Direito penal, observada nas últimas décadas.²⁴⁶ Tal “expansionismo” é notado sob diversos prismas: seja do ponto de vista de sua severidade (por exemplo, com a dilatação da extensão das penas); da antecipação de sua ação (com a criminalização de condutas consideradas perigosas); ou ainda de seu alcance (pela tutela de novos bens jurídicos, em especial aqueles denominados supraindividuais). SILVA SÁNCHEZ também aponta para a ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios

²⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 57. Mais especificamente sobre o tema, vide os subcapítulos “7.3.3 – Sobre a seletividade” e “DO A eleição de ‘bodes expiatórios’”.

²⁴⁶ Importante apontar que o Direito penal tem uma tendência natural à expansão, em virtude do surgimento na dinâmica social de novos interesses considerados penalmente relevantes. É também possível imaginar – em uma possibilidade muito menos plausível à realidade – uma deflação do Direito penal, decorrente de um processo descriminalizante, com a retirada de tipos penais que não se alicerçam em bens jurídicos penalmente relevantes. Voltando ao primeiro e natural movimento (expansivo) é importante anotar que ele não é *per se* criticável. O que é condenável é uma expansão irrazoada, que exorbita o plano da teoria dos bens jurídicos como critério limitador da tutela penal, indo além de parâmetros como necessidade e proporcionalidade. Ana Elisa BECHARA identifica essa disfunção com “a tentativa de abarcar grande parte das novas necessidades sociais exclusivamente ou em primeiro plano por meio da intervenção penal, estando essa segunda hipótese a merecer a acertada crítica quanto à sua ilegitimidade democrática e aos seus efeitos contraproducentes.”, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 46-47. Esse disfuncional fenômeno expansivo será denominado daqui em diante como “expansionismo”, no intento de contrapô-lo à expansão natural do Direito penal em virtude do advento de novos interesses. Tal distinção segue a mesma lógica da dicotomia estabelecida entre “direito penal simbólico” e simbolismo no Direito penal.

político-criminais de garantia como aspectos do que ele denomina de “expansão do Direito penal.”²⁴⁷

O jurista espanhol afirma que, no entanto, não é possível reduzir o processo de expansão penal como:

(...) produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas do fenômeno de modo exclusivo na superestrutura jurídico-política, na instância “estatal”.²⁴⁸

Portanto, estabelecer as causas ensejadoras do “expansionismo” penal é tarefa que deve passar ao largo do reducionismo compreendido na noção do uso simbólico do direito penal como forma de atendimento dos anseios populares e, por conseguinte, de obtenção de prestígio político. Esse movimento expansivo não pode ser enxergado como mera consequência do uso distorcido de símbolos no Direito penal, mas sim como fruto de diversos dilemas que se desvelaram face ao Direito penal no contexto pós-industrial.

Nesse sentido, a análise do “expansionismo” penal deve estar ligada ao “Direito penal simbólico”. Todavia, este parece ser mais uma consequência do que uma causa dessa ampliação do escopo penal. Frisa-se, no entanto, que se trata de uma consequência que, como será demonstrado, acaba por potencializar ainda mais o processo de “expansionismo”.

Fato é que apontar satisfatoriamente as razões que suscitaram e contribuem para o “expansionismo” penal é uma proeza que foge ao recorte proposto para este trabalho. No entanto, imperioso contextualizar o solo fértil representado pelo movimento de rigorismo do Direito penal, no qual germinou o fenômeno compreendido como “Direito penal simbólico”. Assim, alguns traços que foram fundamentais no processo expansivo do Direito penal serão brevemente delineados.

²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 26. A expansão mencionada por SILVA SÁNCHEZ é sinônima de “expansionismo”, palavra utilizada em nossa terminologia, conforme a explicação feita na nota anterior.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 21.

SILVA SÁNCHEZ expõe que esta “nova” crise do Direito penal começa nos anos sessenta, no momento de quebra aparentemente definitivo do esquema tradicional do Direito penal da retribuição. O autor conclui que é então, de fato, que muitos setores rechaçam que o Direito penal se justifique pela realização da Justiça, finalidade metafísica que, ao excluir de antemão toda constatação empírica, mantinha a incolumidade do mecanismo punitivo, afastando-o da dinâmica social.²⁴⁹ Esse câmbio na instrumentalização do Direito penal, desde então configurado sob uma ótica eminentemente (frise-se que não exclusivamente²⁵⁰) utilitarista o torna mais sensível e às demandas da sociedade e mais maleável de acordo com tais exigências. Assim, o Direito penal mostra-se (mesmo que falaciosamente²⁵¹) apto a ser instrumentalizado conforme as requisições sociais.

Fato é que a sociedade passou a se perceber cada vez mais insegura e amparou-se na esperança de poder se utilizar um Direito penal mais severo (punitivista) como meio de se alcançar uma sensação de segurança (um tanto quanto abstrata) coletivamente almejada. Buscar-se-á demonstrar adiante como o contexto desvelado nos parágrafos anteriores potencializou o Direito penal sob o escopo do punitivismo, que o fez expandir-se disfuncionalmente sobre o solo fértil da insegurança coletiva.

Retoma-se, para tanto, o raciocínio em suspensão acerca da derrocada das instâncias informais de controle na contemporaneidade e da substituição e mimetização delas por parte do Direito penal.

Nesse sentido, há um acentuado caráter de reprovação moral intrínseco ao Direito

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 5.

²⁵⁰ Há um importante componente retributivo (de certa forma imiscuido com aspectos de prevenção geral positiva) no “direito penal simbólico”. Como este é um fenômeno maciçamente notado no contexto do Direito penal contemporâneo, não faz sentido dizer que este último é exclusivamente utilitarista. Relacionando tais temas, Vinícius Gil BRAGA diagnostica que com o direito penal simbólico “produz-se o autismo, decorrente da tensão entre uma sociedade em crescente complexificação e a norma; um mecanismo de fuga que se esconde no *dever ser* um *ser* que (ainda) não é; ou seja, um disparate jurídico mas também ético. As circunstâncias contemporâneas tendem a agravar essa situação, insurgindo-se em um maior escapismo da realidade. O afastamento dogmático conduz a uma intensificação do idealismo que, motivado por um retribucionismo irracional, direciona o poder punitivo ao pleno padecimento de instâncias de controle, tornando-o eminentemente submisso à égide do estado de polícia.” BRAGA, Vinícius Gil. Sociedade, pluralidade e direito penal: breves considerações acerca do distanciamento dogmático e uso simbólico do direito penal. In: *A crise do processo penal*. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 131.

²⁵¹ Como resta evidente, a utilidade do Direito penal é muito menor do que ele aparenta ter ou mesmo do que a imensa maioria das pessoas imaginam que ele tem. Nesse sentido, o “direito penal simbólico” parece (manifesta) estar alinhado com a realidade, mas é arquitetado de forma que esteja em consonância com a percepção da realidade. Nesse sentido, por mais descolada que uma norma de “direito penal simbólica” esteja descolada do plano do ser, não parece ser totalmente correto dizer que ela é idealista, mas sim que ela se forma a partir de outro substrato, que também é verificado empiricamente, que é justamente a percepção (calcada eminentemente em afetos) da coletividade.

penal.²⁵² Ainda que não seja possível falar que ele é uma instrumentalização da moral vigente, é impossível dissociá-lo dessa aproximação, sobretudo perante os olhos da população. Usualmente o Direito penal sancionará condutas que são moralmente inaceitáveis e, mais além, que são consideradas pecaminosas, principalmente dentro da tradição Cristã, que influenciou sobremaneira na construção da moral e do próprio Direito no Ocidente. Não é possível considerar que tais coincidências sejam contingentes, uma vez que estão derivadas de três vertentes de controle social que dialogaram no decorrer da história. Imprescindível, contudo, ressaltar que não há ligação necessária entre moral, Direito e religião.²⁵³ Se o Direito penal é voltado teleologicamente à proteção de bens jurídicos, impossível afirmar que a moral ou dogmas religiosos são fontes formais de sua normatização. Isto porque os bens jurídicos tutelados derivam de bens jurídicos previstos constitucionalmente que sejam interesses vitais à vida em sociedade, o que de forma alguma equivale, por exemplo, ao conjunto de valores morais dessa coletividade.²⁵⁴

Todavia, existem inegáveis ingerências de interesses religiosos ou de determinadas parcelas sociais e sua particular moralidade na produção de normas penais que usualmente tipificam condutas penalmente irrelevantes, pois inofensivas a qualquer bem jurídico inserido na esfera penal, sendo que um exemplo do que foi afirmado é o tipo penal previsto no artigo 234 do Código Penal, cujo *nomen juris* é escrito ou objeto obsceno.²⁵⁵ As punições

²⁵² Importando ressaltar que nem todas as normas penais são, concomitantemente imorais, sendo possível conceber tipos que penalizam condutas moralmente neutras, sendo um exemplo disso a tipificação da fabricação clandestina de açúcar, proibida pela alínea b do artigo 8º do Decreto-lei nº 56, de 18 de novembro de 1966. Tal norma é irrelevante sob o prisma moral, sendo que seu objetivo (pertinente à época de sua promulgação) era o de tutelar o controle econômico sobre a produção de tal produto. Uma menção a normas “plenamente penais” é feita in: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. La Universidade de Salamanca y el Estudio del Derecho Penal. In: *Arbor*, nº 173, 2002, pp. 513-514.

²⁵³ Essa ligação está relacionada a um substancial conteúdo comum a essas três instâncias de controle social, em diversas situações nas quais o mesmo fato é pecado, imoralidade e crime. Mais além disso, outra perspectiva aproxima o direito, a religião e a moral: a comunhão por todas elas do uso da violência (ainda que simbólica), presente nas sanções que visam modelar comportamentos, de modo que eles se adaptem ao conjunto normativo em questão, seja ele composto de leis, convenções, mandamentos. Nesse sentido, Francisco MUÑOZ CONDE expõe que “a violência é uma característica de todas as instituições sociais criadas para a defesa ou proteção de determinados interesses, legítimos ou ilegítimos. A violência é, por tanto, consubstancial a todo sistema de controle social. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 6. Sergio ADORNO estabelece um brilhante percurso sobre o tema da violência (em sentido *lato*) nas instâncias informais de controle social, como a família, a escola e o trabalho. Cf. ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. Tese de livre-docência em Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo -FFLCH/USP, São Paulo, 1996, pp.68-79.

²⁵⁴ Para uma análise detida das fontes legitimadoras dos bens jurídicos, Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., pp. 48-68.

²⁵⁵ As políticas penais que os diversos governos da atualidade implementam têm uma função simbólica declarada de impor valores morais tradicionais. Para isso, é utilizada a ferramenta tradicional de reprimir e, ao mesmo

estritamente morais e/ou religiosas implicam em uma ingerência indevida sobre as liberdades individuais que podem se expandir na medida dos limites das demais liberdades (conforme a noção de imperativo categórico que tem total pertinência nesse contexto).

Por outro lado, ainda que um determinado interesse mereça um resguardo penal, há que se estabelecer um juízo de conveniência acerca da penalização das condutas que o afrontem. Isso porque conceder a determinado bem jurídico um amparo penal não necessariamente implicará uma maior proteção, haja vista que apesar do Direito penal ter em tese, o arcabouço punitivo mais severo, não é correto pontuá-lo como o mais efetivo. Além disso, ao se atribuir uma sanção penal a determinada conduta, corre-se o risco de desencorajar a utilização de outros meios menos danosos para o sanção dela, uma vez que fragmentou-se a responsabilidade de proteger determinado interesse por mais de um meio, dentre eles, o Direito penal.

O raciocínio se desenvolve então a partir da conclusão (que aqui funciona como premissa) de que há crimes (historicamente presentes na legislação penal, ligados à dogmas morais e religiosos) que, partindo do balizamento da teoria do bem jurídico, não tem razão de ser em nosso Código Penal ou legislações penais especiais. Outros crimes (possivelmente mais da metade dos tipos penais existentes, tendo em conta uma estrita observância dos preceitos de um Direito penal mínimo) possuem pertinência penal, mas, no entanto, não parece ser conveniente a utilização do Direito penal contra eles, ao menos não da forma atualmente empregada.

Isso porque – em apertada síntese – inexistente no panorama atual brasileiro uma aplicação ordenada do princípio da subsidiariedade, por tal razão, não se respeita a concepção do Direito penal como *ultima ratio* e instâncias de controle que seriam anteriores a ela não são devidamente reguladas ou estabelecidas. Em outra hipótese, se já existentes e aptas, há a possibilidade de que elas se omitam, e deixem a responsabilização a cargo estritamente do Direito penal. Forma-se assim um temerário cenário em que há diversos âmbitos de sanção para determinada conduta, sendo que justamente por isso surge o risco de que ela reste impune em todas elas, em decorrência de uma inércia de cada uma delas, na expectativa de que a outra protagonize a proteção de determinado interesse (o que seria um cenário diametralmente oposto ao também pernicioso *bis in idem*).

Se houvesse, de fato, um nítido respeito à subsidiariedade, a atuação do Direito penal seria relegada a situações extremas em que houvesse fracasso dos demais ramos do Direito antecipadamente utilizados. Nesse sentido, se, por exemplo, o Direito administrativo dá conta de proteger um bem jurídico, não faz sentido que o Direito penal seja demandado – saindo de seu escopo de *ultima ratio* – a também tutelar tal interesse.

Há uma priorização da concomitância em detrimento da subsidiariedade²⁵⁶, em uma conjunção de potenciais formas de sanção que pode resultar em uma inefetividade generalizada, uma vez que se todas esferas podem agir e não há uma ordem estabelecida para essa ação, pode-se questionar qual regra ou razão justificaria que uma dessas esferas saia da inércia e seja a primeira a atuar.

Além disso, a utilização do Direito penal como *prima ratio* ou *unica ratio* atesta a inefetividade de instâncias de prevenção e sanção (como o Direito civil e administrativo), simbolizando um desprestígio no que se refere a capacidade de resolução de determinadas problemas por meio de instrumentos que não sejam o Direito penal. Este acaba sobrecarregado²⁵⁷, apontado como última e única salvação, postura que só reforça o desprestígio e desestimula a melhoria dos mecanismos extrapenais que, muitíssimas vezes, mostram um potencial consideravelmente superior ao do Direito penal na tutela de determinados interesses.

Fato é, nesse diapasão, que há que se considerar que a maciça utilização do Direito penal em situações que não parecem justificar seu resguardo usualmente deriva de uma estratégia que visa a obter os efeitos simbólicos intrínsecos a penalização. Nesse sentido, Santiago MIR PUIG expõe que “a maior gravidade da pena criminal muitas vezes se expressa

²⁵⁶ Cabe apontar que: “A legitimidade da intervenção penal não deve ser decidida exclusivamente a partir do princípio de subsidiariedade, e sim também a partir do princípio de fragmentariedade. Assim, somente deverão ser punidos os comportamentos especialmente graves em relação ao bem jurídico digno de proteção penal, advindo daí a necessidade de delimitação entre as condutas tipicamente relevantes e aquelas que apenas podem qualifica-se como ilícito civil ou administrativo.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 377.

²⁵⁷ Necessário ter em conta que a constatação de que outras formas de controle são inaptas a proteger um bem jurídico, não faz com que necessariamente o Direito penal deva ser utilizado como derradeira solução. Nesse diapasão: “Considerado a partir do princípio de intervenção penal mínima, conclui-se que o fato de aparecer como último recurso ante o fracasso de todas as demais instâncias não implica que o direito penal constitua uma resposta útil nem proporcional. Um comportamento socialmente lesivo não se converte em delito pelo fato de que não haja mecanismos suficientes para sua contenção racional. Para ser caracterizada como delitiva, a conduta deve merecer a sanção penal como reação justa. Isso se relaciona, de um lado, com o conceito de bem jurídico, e, de outro, com as ideias de ofensividade e da própria finalidade da pena.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Derechos Humanos y límites de la intervención penal em Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 400.

em termos simbólicos, por razão da censura ético-social advinda da ideia da condenação criminal.”²⁵⁸

Retomando o raciocínio em etapas, chega-se a uma segunda conclusão: Como visto, há crimes que não possuem relevância penal, mas estão historicamente inseridos na legislação e (segunda conclusão) também há outros em que até existe relevância penal, sem que no entanto, tenha se observado um efeito benéfico (mas sim o contrário, vide, por exemplo, a perpetuação da seletividade na criminalização) do uso do Direito penal para eles.

Porém – e aqui finalmente se atinge uma tendência que faz parte do “contexto da distorção dos símbolos no Direito penal”, título do capítulo – há um movimento de penalização de condutas que não vencem o filtro da teoria do bem jurídico, mas que no entanto, não são ligadas à preceitos morais ou religiosos, mas sim há uma demanda característica da “Sociedade de risco”, que é a segurança. Essa tendência será pormenorizadamente analisada em diversos prismas ao longo dos subcapítulos, todos de alguma forma relacionados ao “Direito penal simbólico”.²⁵⁹

Iniciando tal percurso, pode-se pontuar que o “Direito penal simbólico” está intimamente ligado à “segurança” como um valor que outrora era enxergado como meio para a possibilidade de consecução de direitos, mas que passou a ter um status de finalidade. A segurança, assim, deixa de ser condição para o alcance dos mais diversos objetivos individuais e coletivos e passa a ser vista como um fim absoluto.²⁶⁰ Ter paz, como sinônimo de ausência de violência criminal, tornou-se um objetivo precípua do cidadão da sociedade pós-industrial, sobretudo em grandes metrópoles.²⁶¹

²⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 06 2004, p. 09. Disponível em <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>> Acesso em 12/02/2013.

²⁵⁹ HASSEMER aponta que esta nova orientação da política criminal estabelece novos bens jurídicos notadamente genéricos, dentre eles, estão a noção de “bem estar”, saúde pública, capacidade de funcionamento do mercado de capitais, entre outros em que nota-se um excessivo uso da criminalização de condutas tidas como abstratamente perigosas. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, pp. 44-45.

²⁶⁰ Em razão do crescimento impetuoso da obsessão da sociedade por segurança, Gilberto Dimenstein vaticinou um tétrico e não de todo improvável panorama para o futuro, em artigo na Folha de São Paulo, em 11 de abril de 2004: “Os governantes serão cada vez mais julgados pelos empregos que ajudarem a criar como pelas vidas que puderem salvar – são os dois grandes indicadores-síntese nacionais. Mais cedo ou mais tarde a população vai acompanhar os índices de criminalidade como acompanhava os índices de inflação.” DIMENSTEIN, Gilberto. Soltem os animais. *Folha de São Paulo*, 10/04/2003. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/ff1104200423.htm>> Acesso em 07/05/2013.

²⁶¹ Acerca da violência em uma grande metrópole brasileira, Paulo César ENDO observa: “Qualquer habitante da

A equivalência ou mesmo preponderância desse objetivo de segurança em relação a outros interesses, acaba por possibilitar a restrição de determinados bens jurídicos tradicionalmente relevantes ao Direito penal (com especial destaque para o cerceamento de direitos concernentes à ideia de dignidade humana, como a liberdade e a privacidade), sob a justificativa do resguardo à segurança da sociedade. Há um clamor por segurança que alude a uma curiosa nostalgia de tempos imemoriais, em que supostamente não havia tamanha violência, uma impressão distorcida, compartilhada por muitos que nem mesmo haviam nascido nessa época.²⁶²

Outro traço característico do “Direito penal simbólico”, contextualizado como tendência penal contemporânea, é sua aproximação com o punitivismo²⁶³. Fácil notar como a demanda por mais penas está intimamente ligada com a valorização do interesse sobre a segurança, o que se justifica por uma falácia socialmente comungada, segundo a qual há uma relação diretamente proporcional entre punição e segurança.²⁶⁴

Importante observar que essa tendência punitivista não se resume a criar novos delitos

cidade se remete a alguns traços comuns quando se fala das violências na cidade de São Paulo: à própria vida posta em risco, à convivência com a angústia e com o medo, à morte exposta e nua. Viver sob essa experiência cotidiana, repetidamente, impõe, mais a uns que a outros, o que chamamos de convivência com o traumático, experiência que se procura evitar a todo custo, ao mesmo tempo em que se a faz perdurar. Nesse custo, estão incluídos o isolamento o apoio à ação policial dura e à permissividade, ao desrespeito aos direitos civis, desde que eles sirvam para evitar uma nova repetição do trauma, ao mesmo tempo em que se criam condições para a sua reprodutibilidade. (...) É uma população assustada, muitas vezes em pânico que, frequentemente, não vê outra forma de combater a violência a não ser violentamente.” ENDO, Paulo César. *A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Escuta e Fapesp, 2005, p.287.

²⁶² Marcelo Lopes de SOUZA estabelece uma diferença entre a violência em cidades atuais e nas de épocas passadas, cunhando as primeiras sob o neologismo “fobópole” (que reúne as expressões gregas *phobos* e *polis*, fobia e cidade, respectivamente). Segundo ele, uma vital, embora usualmente esquecida, distinção entre as grandes cidades de hoje e de outrora é a de que a criminalidade violenta, especialmente aquela vinculada a razões econômicas (roubos, latrocínios, etc.), era também traço muito comum das cidades ao longo da história, mas não chegava a sobressair tanto quanto hoje, em virtude de outras preocupações de maior escala, como fome, doenças e a violência decorrente de guerras constantes. Cf. *Fobópole: O medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 38 e ss.

²⁶³ Que é, em linhas muito gerais, a acentuação do rigor do Direito penal, característica marcante de sua contemporaneidade. Assim a expressão é autoexplicativa, já que à palavra “punição” acresce-se o sufixo “ismo”, o qual denota uma tendência, ou seja, no caso, da disseminação da cultura da punição.

²⁶⁴ Matti JOUTSEN, diretor do Instituto Europeu para Prevenção e Controle ao Crime (Heuni), aponta “uma vontade em particular dos políticos em encontrar soluções fáceis para problemas vexatórios”. Ele prossegue, demonstrando de forma didática e certa a reação do corpo político à demanda punitivista: “Seus cidadãos estão preocupados com mais roubos ou assaltos? Aumente a punição. Há mais histórias sobre tráfico de drogas na mídia? Aumente a punição. Houve algum caso particularmente repugnante de estupro ou sequestro? Aumente a punição. Nunca se importam em tentar melhorar as políticas sociais, oferecer aos criminosos em potencial alternativas de vida ou investir em medidas de prevenção, que não trazem as mesmas promessas de recompensa imediata nas urnas. Endurecer contra o crime sempre cai bem com a sua base política e é certamente um chamariz de votos”. Cf. WASSERMANN, Rogério. *Número de presos explode no Brasil e gera superlotação em presídios*. Disponível em <<http://www.controversia.com.br/index.php?act=textos&id=14498>>, acesso em 28/03/2012.

ou aumentar as penas dos já existentes, mas vai muito além disso, promovendo também uma flexibilização das garantias penais, seja em decorrência da criação de novas formas de criminalização²⁶⁵ ou como tentativa de prover maior instrumentalidade ao Direito penal (ao menos esse é o discurso justificador propalado).

Interessante e preocupante notar como a insegurança que fomenta o punitivismo não parece se estender ao risco que a sociedade sofre globalmente ao se abster paulatinamente das garantias do Direito penal, o que tende a aproximar cada vez mais um maior número de pessoas ao espectro de incidência do Direito penal, sobretudo em razão de seu alcance sobre condutas de perigo abstrato. Filippo SGUBBI observa que “a contemporânea dissolução dos princípios penais fundamentais cria novos equilíbrios na estrutura de garantia dos direitos dos indivíduos com relação à autoridade.”²⁶⁶

Assim, metaforicamente, o Leviatã adquire cada vez mais poder, sustentado pelo medo dos cidadãos por seus semelhantes (semelhança, ao menos formal). A sociedade parece se olvidar, no entanto, o que a história mostra acerca de Estados fragilmente limitados, no que concerne à limitação de suas possibilidades de ação: arbitrariedade nas decisões, irracionalidade no uso da força e desrespeito aos Direitos humanos, inclusive dos “cidadãos de bem”²⁶⁷ (como gostam de se autointitular a parcela da sociedade que se acha imune ao Direito penal).

Fato é que, por ignorância ou por desespero, a coletividade aplaude o próprio sufocamento de suas liberdades em prol de um ideal de segurança que tem se mostrado fadado ao fracasso.²⁶⁸

Novamente recorre-se aqui a um argumento histórico, mas é inegável que a história já

²⁶⁵ Nesse sentido, o anteprojeto do novo Código penal (PLS 236/2012) tipifica, em seu artigo 277, o “enriquecimento ilícito”, o que representa uma relativização de uma garantia processual penal da atribuição do ônus probatório à acusação.

²⁶⁶ SGUBBI, FILIPPO. *El delito como riesgo social*. Tradução de Julio E. S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998, p. 148.

²⁶⁷ De fato, só uma parte ínfima desses “cidadãos de bem” estão realmente salvaguardados do Direito penal. Tais indivíduos pertencem à uma diminuta elite social, sendo que alguns inclusive nem são tão “de bem assim”, uma vez que protagonizam delitos, eminentemente econômicos, com efeitos deletérios à sociedade.

²⁶⁸ O cenário de insegurança coletiva implica em uma autoidentificação dos cidadãos como virtuais vítimas, mais do que como eventuais delinquentes (o que explica a ausência de temor em relação ao aumento do poder punitivo estatal). Nesse sentido, os efeitos do temor contínuo de vitimização irradiam – por meio da exigência de maior punição – na legislação penal, ocorrendo uma transmissão da “parcialidade e da irracionalidade típicas da posição de vítima para o direito penal, tendendo-se a adotar esse sistema como única via de solução de conflitos sociais, com base em uma perspectiva de desequilíbrio voltada à garantia à segurança social, em prejuízo aos direitos do agente do delito.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 207.

demonstrou suficientemente como esse movimento de apoio ao autoritarismo estatal já redundou diversas vezes em totalitarismo. Esta afirmação não tem uma intenção alarmista vazia, já que a consolidada democracia brasileira e o panorama mundial não parecem dar a menor mostra de possibilidade de uma reabertura de espaço para uma nova ditadura no Brasil.

O que se quer sublinhar é muito mais mezinha: qualquer regressão no que diz respeito à extensão de garantias não tem razão de ser, pois não traz significativa melhoria sobre a realidade da violência criminal, mas apenas promove um apaziguamento efêmero sobre a percepção social no que diz respeito à segurança. Ou seja, abdicamos individualmente um pouco de nossas liberdades, para que alguns tenham suas liberdades (no sentido estrito) privadas, o que gera satisfação e tranquilidade à sociedade, postada sobre uma posição de extrema ingenuidade acerca da realidade e do papel nela desempenhado pelo Direito penal.

Por fim, a vítima ocupa um papel de protagonismo no diagnóstico do contexto do Direito penal contemporâneo. Não por ela em si, mas pela representação dela por outros indivíduos. Nesse diapasão, é substancialmente notável a sanha punitivista (insuflada por uma considerável parcela da mídia) existente em casos paradigmáticos, que provoquem comoção social. Nessas situações, geralmente irrompe-se uma sensação coletiva de insegurança e uma irresignação com o crime cometido, redundando em um clamor por vingança (que a turba inflamada chama equivocadamente de “Justiça”).²⁶⁹ Ocorre aí uma inevitável identificação dos cidadãos com o ofendido, possivelmente mais em razão dessa insegurança coletiva que tende a habitar cada pessoa na “Sociedade de risco” e menos em virtude de uma alteridade com o padecimento de outro ser humano.

Este cenário de insegurança social implica então em uma autoidentificação dos cidadãos como virtuais vítimas em um nível consideravelmente maior do que como eventuais delinquentes (o que explica a ausência de temor em relação ao aumento do poder punitivo estatal). Nesse sentido, os efeitos do temor contínuo de vitimização irradiam – por meio da exigência de maior punição – na legislação penal, ocorrendo uma transmissão da “parcialidade e da irracionalidade típicas da posição de vítima para o direito penal, tendendo-se a adotar esse sistema como única via de solução de conflitos sociais, com base em uma perspectiva de desequilíbrio voltada à garantia à segurança social, em prejuízo aos direitos do

²⁶⁹ Acerca do punitivismo, vide sobretudo os subcapítulos “4.3.4 – O movimento *Law and order*” e “4.3.5 – A esquerda punitiva”.

²⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 207.

agente do delito.”²⁷⁰

4.3.1 - O modelo prospectivo de Direito penal

Mencionou-se anteriormente, como uma das características do “expansionismo” penal, a antecipação do momento da ação do Direito penal, que representa a relativização de lesão ou ameaça a determinado bem jurídico, antecipando, dentro da ideia de precaução, a aplicação penal a condutas que não representam qualquer lesão a um interesse tutelado penalmente e, tampouco, parecem poder ser caracterizadas como efetivamente ameaçadoras a quaisquer bens jurídicos.²⁷¹ Esse modelo antecipatório será denominado como “Direito penal prospectivo”, conforme o título deste subcapítulo.

Condutas que eram consideradas irrelevantes passam a ser tipificadas com base em um conceito de antecipação do Direito penal a partir da etérea noção de perigo.²⁷² Todavia, o que acaba ocorrendo é que o Direito penal passa abarcar condutas simplesmente indesejáveis – ainda que inofensivas sob o critério da lesão ao bem jurídico – ou mesmo incompreensíveis (e, por conseguinte, assustadoras em virtude de seu ineditismo). Zygmunt BAUMAN observa que “há uma consistente tendência em nossa moderna sociedade em atribuir ‘significado de crime’ ao que ‘se considera indesejado ou, ao menos, que seja considerado duvidoso.’”²⁷³

FOUCAULT enxergou, diante do contexto pós-industrial, o surgimento de um novo sistema penal, apontado para uma inédita dicotomia social, a qual ele denomina de “sociedade de perigos” com, de um lado, “os que estão em perigo, e de outro, aqueles que são tidos como

²⁷¹ A noção de crime de perigo abstrato é traço marcante do “expansionismo” do Direito penal. Sobre esse tema, cf. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito penal. In: Revista Síntese de Direito penal e processual penal. Porto Alegre, ano III, nº. 18, fev./mar. 2003. Cf. ainda ROXIN, Klaus, *Derecho Penal – Parte General*. Vol. I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Civitas, 2003, p. 53.

²⁷² Em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos resultado/lesão mostram-se crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata e formalista (em termos de perigo presumido). Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 30.

²⁷³ BAUMAN, Zygmunt. Social Uses of Law and Order. In: *Criminology and Social Theory*. Oxford: Oxford Press, 2000, p. 27. O mesmo autor, em outro texto, afirma: “Como nos falta conforto em nossa existência, acabamos por nos contentar com a segurança, ou a ficção de segurança.” In: *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 52.

perigosos.”²⁷⁴ Os primeiros, demandam uma minimização dos perigos aos quais estão sujeitos, sendo que tal demanda reflete-se no adiantamento da tutela penal observada nas últimas décadas. Bernardo FEIJOO SANCHEZ aborda essa tendência do Direito penal contemporâneo de buscar a prevenção de danos por meio da antecipação da atividade sancionadora, calcada na gestão de riscos representados como possíveis lesões a bens jurídicos. Segundo o autor:

(...) a política criminal tem-se convertido em política de segurança (interior). Não se trata unicamente de castigar, mas de incutir confiança na coletividade ou tranquilizá-la. Desta maneira, transita-se da penalização ou repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos para a prevenção em grande escala de situações problemáticas. As críticas passam a centrar-se no conceito de segurança, entendido num sentido sociopsicológico, que se tem autonomizado como necessidade social ou bem jurídico. O direito penal serve para prevenir ou controlar que os riscos se mantenham dentro dos seus limites. O direito penal deixa de ser um instrumento de reação frente a lesões graves a bens jurídicos individuais para transformar-se em instrumento de uma política de segurança. Nas palavras de HASSEMER, o moderno direito penal abandona o invólucro liberal em que ainda se tratava de assegurar um mínimo ético e se torna um instrumento de controle dos grandes problemas sociais ou estatais.²⁷⁵

PÉREZ CEPEDA também alerta sobre a utilização do Direito penal como instrumento de controle das consequências do modelo de sociedade acentuadamente desigual. Nesse sentido, a autora observa que “...o incremento das populações penitenciárias parece responder mais aos modos de gestão da deterioração da situação social do que a um incremento da criminalidade.”²⁷⁶

²⁷⁴ Cf., nesse sentido, o polêmico texto de FOUCAULT, denominado *La loi da la pudeur*. In: *Recherches*, nº 37, Abril, Paris, 1979.

²⁷⁵ Cf. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na sociedade do risco: notas sobre a política criminal do início do século XXI. In: *Revista Liberdades – IBCCRIM*. nº 7, São Paulo, maio-agosto de 2011.

²⁷⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, cit., p. 38.

Observa-se, em virtude do excesso de precaução transmutado em norma penal, esse direcionamento prospectivo da punição que é inconcebível ao Direito penal, cujo espectro punitivo deve estar voltados para fatos do pretérito, ou seja, retrospectivamente.²⁷⁷ Em virtude da aplicação do Direito penal estar condicionada à existência de um fato típico, a solução encontrada para que o Direito penal possa se antecipar à ameaça ou lesões a bens jurídicos, foi justamente a consideração do perigo, mesmo que abstrato, como relevante à esfera penal.²⁷⁸ A ideia de possibilidade de que um perigo venha a se tornar uma ameaça ou lesão, foi levada ao extremo.

Em suma, se intenta prevenir o resultado de certos crimes (que já possuem previsão legal) por meio da criação de novos crimes (inclusive com relação a condutas que sempre foram vistas como irrelevantes sob o prisma do Direito penal). O que se nota na prática, é que apenas há uma inflação do Direito penal a patamares muito além de suas possibilidades, com a criação de novos crimes que tipificam condutas que representam perigo. Não se logra êxito, no entanto, na contenção das lesões a bens jurídicos advindas dos crimes tradicionais.

Assim, o fracasso da sofismática ideia de evitar crimes por meio da criação de novos tipos penais se mostrou retumbante, ao menos sob o ponto de vista instrumental, já que, simbolicamente, é interessante mostrar à sociedade que busca um Direito penal cada vez mais expandido no que diz respeito ao seu raio de ação.

Nesse diapasão, “os comportamentos passam a ser criminalizados não porque são socialmente inadequados, mas para que passem a sê-lo. Em lugar de resposta e retribuição, a

²⁷⁷ Cabe clarificar que as finalidades do Direito penal podem estar direcionadas ao futuro (preventivamente) mas não se pode punir alguém em virtude de um pretenso fato futuro, de uma possibilidade sem um nexo causal devidamente delineado.

²⁷⁸ Juarez TAVARES expõe um interessante vínculo entre a utilização do crimes de perigo abstrato e o “Direito penal simbólico”: “Revendo a relação entre o empírico e o legal, é preciso ter em conta que o simbólico se contrapõe ao empírico. Assim, o primeiro pressuposto desse embate deverá estar centrado na necessidade de se exigir que toda e qualquer proibição esteja lastreada em fundamentos empíricos. O legislador usa o simbólico como forma de ocultar, primeiramente, o déficit de legitimidade das normas incriminadoras que não correspondam a um dano concreto. A ausência desse dano concreto, que deveria estar presente na norma incriminadora, mas não está, induz o legislador, de conformidade com sua pretensão punitiva, a presumir sua ocorrência, o que faz, elaborando normas que passam a valer por elas mesmas, a partir da presunção de que esse dano, embora não esteja presente, poderia estar, desde que, e tão-só, fosse realizada a conduta proibida. O perigo abstrato constitui, portanto, a modalidade exemplar da utilização de um símbolo, que é esse mesmo perigo presumido, como meio de justificação e legitimação da incriminação. A presunção de perigo, dada sua inconsistência e pura normatização, se choca com qualquer forma de argumentação científica, que não pode prescindir de dados concretos que a sustentem. Convém, por outro lado, não cair na armadilha de também justificar a incriminação, uma vez que o legislador tenha anunciado que a existência do perigo deva ser comprovada concretamente.” TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 9-10.

ênfase está na prevenção de futuras perturbações de grande magnitude.” Desvela-se um cenário no qual “não se trata de compensar a injustiça, mas de prevenir o dano; não se trata de castigar, mas de controlar; não se trata de retribuir, mas de produzir segurança; não se trata do passado, mas do futuro.”²⁷⁹ Confere-se, assim, uma função de polícia ao Direito penal²⁸⁰.

Tem-se também, ainda no âmbito de utilização antecipada do Direito penal, sua aplicação deturpada no que diz respeito à ordem de instâncias de controle formal. Dentro dessa ordem, o Direito penal teria de permanecer na última posição, em respeito à sua condição de *ultima ratio*. Há problemas que não estão, nem poderiam estar inicialmente dentro do escopo penal, já que é pacífico que dada a severidade do Direito penal, ele funciona apenas como derradeira forma de resolução de problemas.

Uma das principais razões que retiram a subsidiariedade do Direito penal, é o desprestígio e descrédito na Administração Pública, facilmente verificável no Brasil, em razão da burocracia e, sobretudo da corrupção, o que acaba estiolando o poder sancionatório administrativo, bem como a qualidade da gestão como um todo, o que acaba estimulando práticas delitivas, que crescem em cenários de omissão estatal. Acerca disso, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA assevera:

Nada mais equivocado do que converter o Direito penal em um direito de gestão ordinária de problemas sociais. Por maior que seja o descrédito nas instâncias de controle. O Direito penal não deve perder sua natureza subsidiária, como *ultima ratio*, nem ser instrumento, por excelência, de pedagogia político-social. Não lhe corresponde tal função, nem parece ser sensato submete-lo a cargas que não pode suportar.²⁸¹

Depreende-se, portanto, que a antecipação da utilização do Direito penal (em um modelo prospectivo) ocorre por duas razões: a tipificação de condutas – eminentemente sob

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ também observa essa crescente atribuição da função de polícia, de cunho administrativo, ao Direito penal: “Os aparatos estatais aparecem, assim, conformando em boa medida o que se conhece já como um Estado “da prevenção”, um Estado “vigilante”; um Estado que assume novas funções de inspeção e vigilância, que faz coleta e armazenamento permanente de informação que possa ser relevante.” *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 137.

²⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal*: Introducción. Madri: Universidad Complutense de Madri, 2000, p. 97.

forma de delitos de perigo – que não eram criminalizadas, tampouco são criminalizáveis, exceto sob o prisma de um Direito penal policial, calcado numa gestão excessivamente antecipatória de riscos; ou ainda pelo desrespeito do princípio que relega ao Direito penal a função de *ultima ratio*, pois, nessa situação, ele se adianta em relação a outras instâncias sancionatórias, escapando, dessa forma, de sua posição subsidiária²⁸².

De certa forma, as duas situações características do modelo prospectivo de Direito penal se relacionam. Isto porque a tipificação de condutas de perigo abstrato, *per si*, já provoca a mitigação do princípio da subsidiariedade do Direito penal, pois o “administrativiza”, ao inseri-lo dentro de um escopo que tradicionalmente concerne ao poder de polícia.²⁸³

4.3.2 - A criminalização de novas condutas e a desnaturalização do Direito penal

Na esteira do “expansionismo” do Direito penal há ainda uma mudança paradigmática sofrida pelos ordenamentos penais. Estes, que se encontravam inertes, têm seus núcleos duros dilatados, recepcionando modificações que albergam um fenômeno de criminalização em diversas novas frentes. Nesse sentido, tais modificações na *práxis* político-criminal “vão alcançando paulatinamente tal grau de intensidade que se impõe formular a suspeita de que assiste-se a uma mudança estrutural de orientação.”²⁸⁴ Suscita-se, portanto, uma possível desnaturalização do Direito penal, tamanha é a modificação dos paradigmas dogmáticos que

²⁸² Acerca da temática, FERRI expunha, ainda no século XIX, que o Direito penal deveria ser evitado ao máximo, por sua danosidade e, ademais, por sua inefetividade. Para o autor, outras formas de sanção ou de condutas preventivas seriam muito mais aptas a prevenirem a criminalidade. FERRI as denominava de “substitutivos penais” (*sostitutivi penali*), os quais deveriam, como o próprio nome sugere, substituir e não apenas cooperar com as sanções penais. Estas, portanto, não ocupariam uma posição concomitante, tampouco alternativa aos “substitutos”, mas sim subsidiárias. Cf. FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Tomo I. Tradução de Antonio Soto y Hernández. Madri: Centro Editorial de Góngora, 1907, pp. 293-334.

²⁸³ Nesse sentido, Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ aponta que “com os delitos de perigo abstrato, que criam-se delitos de desobediência e desaparecem as fronteiras entre a natureza repressiva e a reativa do direito penal e a função preventiva e proativa do poder de polícia, ou seja, confundem-se as funções características do direito penal e as do direito administrativo.” FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na sociedade do risco: notas sobre a política criminal do início do século XXI. In: *Revista Liberdades – IBCCRIM*. nº 7, São Paulo, maio-agosto de 2011. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO> Acesso em 11/04/2013.

²⁸⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito penal do Inimigo*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47. São Paulo, 2004, p. 31-45.

se solidificaram ao longo da história. Nesse sentido, BARATTA observava que há uma tendência, no “Estado da segurança ou da prevenção” de um rearranjo perpétuo “da produção normativa e dos mecanismos de decisão, como resposta a situação de emergência estrutural.”²⁸⁵

Expandir o Direito penal a condutas que não se adequam ao modelo tradicional de imputação tem se mostrado uma solução insatisfatória frente ao dinamismo social, ainda que seja justamente a tentativa de acompanhar a dinâmica da sociedade contemporânea o fator que tem justificado essa modificação expansionista, a qual acaba por desestabilizar as bases do modelo de Direito penal liberal²⁸⁶. Todavia, é certo que a ideia de fato tipificado levando a uma sanção correspondente – em uma relação de ação e reação – não mais consegue tutelar os bens jurídicos supraindividuais, que têm sido inseridos no escopo do Direito penal.

A pergunta que salta aos olhos, portanto, é: o Direito penal pode (e deve) se adaptar às novas formas de criminalidade²⁸⁷, ou as modificações necessárias para isso o descaracterizaria de tal forma que não mais seria possível manter uma só categoria de Direito penal, tamanha as distinções entre seu modelo clássico e seu novo modelo, pós-industrial?

Nesse sentido, as “velocidades”²⁸⁸ do Direito penal poderiam ser inseridas dentro de um mesmo invólucro? Ou uma taxionomia deveria ser realizada no Direito penal, para dividi-

²⁸⁵ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal..., cit., p. 70. A perspectiva do Estado de emergência em constante modificação se sustenta por um discurso maniqueísta que exalta uma necessidade intangível de combater o mal, custe o que custar, sendo que essa noção de mal é hipostasiada nos inimigos, eleitos seletivamente, segundo critérios totalmente objetáveis. Nesse sentido, PÉREZ CEPEDA afirma que há uma “difusão das dinâmicas de controle pela promoção da ditocomia amigo-inimigo. (...) Neste novo formato, o sujeito-inimigo se transforma em uma emancipação do perigo, um risco para a segurança, e, em virtude disso, em inimigo do ordenamento jurídico.” In: *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, cit., p. 17.

²⁸⁶ Contribui ainda mais para essa relativização do Direito penal Clássico, a crítica feita a elementos e garantias intrínsecas a sua configuração. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ aponta que a aspiração *naïve* de eficácia na obtenção das ansiadas segurança e satisfação por parte de uma coletividade que se autocompreende antes de mais nada como vítima conduz a uma verdadeira ojeriza em relação a alguns dos elementos característicos do Direito penal clássico: o trato com valores (a começar com a “verdade” e a “justiça”) e a articulação de tal trato por meio de procedimentos formais. Uns e outros se interpretam como obstáculos (burocracia...), como problemas em si mesmos, que se opõem a uma gestão eficiente das questões de segurança. Assim, desde a presunção de inocência e o princípio de culpabilidade, assim como as regras do devido processo e a jurisdicionalidade, passando pela totalidade dos conceitos da teoria do delito, os princípios do Direito penal em conjunto são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 74.

²⁸⁷ Em uma pergunta inserida dentro de outro, é necessário indagar – em uma perspectiva da criminologia crítica – se essa criminalização não é justamente o cerne da questão. Nesse sentido, a atribuição do status de crime de forma inédita para vários tipos de conduta não seria o grande equívoco que as transformou em um problema do Direito penal, cujo instrumental não parece permitir uma tutela efetiva frente a elas.

²⁸⁸ Acerca das três velocidades do Direito penal, Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 149 e ss.

lo em novas categorias que guardem coerência interna, pois um Direito penal repleto de contradições e exceções só fomentaria a insegurança jurídica e possivelmente desencadearia uma ainda maior inefetividade do Direito penal, já que este se tornaria um instrumento demasiadamente expandido, que abarca tudo mas não dá conta de quase nada?

Acerca das indagações acima é necessário ter em mente que o Direito penal é construído socialmente e mutável conforme a dinâmica dos acontecimentos. Se ele se tornar totalmente descolado de suas características clássicas, poder-se-á dividi-lo em outros âmbitos, com distintas denominações.

Todavia, mais do que como o Direito penal será chamado²⁸⁹ ou dividido, cabe indagar quais serão os efeitos práticos dessas eventuais dicotomias. Nesse diapasão, basta pensar na preocupação de JAKOBS em resguardar o “Direito penal do cidadão” que culmina na inaceitável dicotomia da qual resulta o “Direito penal do inimigo”. A preocupação deve estar direcionada mais além da questão da categorização, mas sim no resultado de uma desnaturalização do Direito penal, caso ela esteja relacionada com uma relativização das garantias asseguradas em sua perspectiva de proteção de bens jurídicos individuais.

Como exemplo da possível desnaturalização do Direito penal rumo a novas tutelas, podem-se invocar, a título exemplificativo, os interesses coletivos, com os quais o Direito penal ainda se mostra inábil, visto que a tutela dos bens jurídicos supraindividuais escapa ao modelo tradicional e bem delineado de “autor-vítima”. Não basta apenas criminalizar novas condutas, uma vez que a efetividade do Direito penal frente a esses novos tipos acabaria esbarrando nas garantias e princípios conquistados ao longo da história. Assim, o movimento de tutelar penalmente novos bens jurídicos, intimamente ligados à delinquência pós-industrial, acaba por desestabilizar a estrutura principiológica que detém o poder punitivo estatal. Fazer ruir essa série de garantias basilares ao Direito penal tem por consequência mudar a própria orientação dele, em um processo de desnaturalização, transformando-o em algo distinto do que se entende por Direito penal.²⁹⁰

As formas de delinquência pós-industriais causam perplexidade, por suas inovações e alcance. Esse atordoamento, todavia, não atinge apenas a sociedade, mas também o próprio

²⁸⁹ Em um devaneio Shakesperiano, cabe citar que “se a rosa tivesse outro nome, ainda assim teria o mesmo perfume”.

²⁹⁰ A título ilustrativo, a teoria dos “Delitos de acumulação”, proposta por Lothar KUHLEN, é um exemplo de desnaturalização que cria um modelo de penalização que não pode ser compreendido como Direito penal, ao menos sob o prisma de alguns de seus princípios basilares, como a culpabilidade e a ofensividade.

Estado, cujos representantes encontram dificuldades em alcançar respostas satisfatórias a essas formas de criminalidade. Estes delitos são caracterizados por redes complexas e resguardadas face à penalização (em virtude de conexões, influências, capacidade de pagamento de subornos). Também são caracterizados por seus efeitos difusos, que atingem os bens jurídicos supraindividuais. A autoria de delitos do gênero está eminentemente relacionada a indivíduos que historicamente nunca estiveram dentro do escopo de alcance do Direito penal.

Assim, não se trata dos pequenos traficantes e criminosos patrimoniais – que compõem a maior parte da população carcerária – que passaram a atuar em um patamar delitivo muito mais complexo. Estes continuam se perpetuando no sistema prisional, servindo como símbolos de um Estado atuante no que diz respeito à violência. Quem na realidade está no polo ativo dos crimes supraindividuais geralmente faz parte de uma “elite” social, composta eminentemente por empresários e políticos que possuem um poder de ação capaz de atingir um número maciço de cidadãos.

Acerca da proteção dos bens jurídicos supraindividuais, é cediço que não se pode esperar que o Direito penal permaneça estático e não acompanhe as novas demandas que decorrem da evolução da sociedade. Por isso, como já foi exposto, um processo expansivo (e não “expansionista”) é compreensível, ainda que importante parte da doutrina entende que o Direito penal deva ficar adstrito ao seu núcleo duro, ou seja, a perspectiva clássica de proteção de bens jurídicos individuais. Todavia, há que se pensar nos efeitos das novas formas de criminalização, das quais podem advir quebras excepcionais de certas garantias penais, como forma de se buscar a criminalização de novos atores, sobretudo ligados a crimes econômicos.

Pergunta-se então se essa expansão (quiça, nesse caso, “expansionismo”) do Direito penal trará algum benefício aos interesses sociais, ou servirá apenas de subterfúgio para um recrudescimento penal que recairá apenas sobre os que já são criminalizados? Talvez o ordenamento (inclusive extrapenal) já conte com um arcabouço suficiente para dar conta da criminalidade empresarial, de colarinho branco. Haveria, se tal hipótese for realmente correta, um déficit de aplicabilidade das normas já existentes, seja em razão de questões instrumentais, processuais, ou outras que escapem ao conteúdo material do Direito penal.

O que se vislumbra na realidade é que essa hipótese não foi aventada, ou pior, foi conscientemente descartada, em prol de novas criminalizações que não tem demonstrado uma notável mudança no perfil de quem é incriminado.

Novamente, reforça-se que não parece restar dúvida de que os criminosos econômicos também devam ser penalizados na medida de seus atos, até porque, possuem um potencial lesivo que, ademais, irradia pela sociedade, afetando interesses de uma pluralidade de indivíduos. Ocorre, em razão desse clamor pela criminalização dos poderosos, um movimento de penalização dessas condutas que, à primeira vista, é salutar.

Todavia, é aí que decididamente entra o Direito penal simbólico: normas são elaboradas para que se tenha a impressão que as condutas desses indivíduos invulneráveis serão contempladas pelo Direito penal. Então inequívoca certeza acerca da necessidade de criminalização desses cidadãos deve ser colocada em suspensão, por duas razões:

A primeira é a de que eles sempre estiveram resguardados de sanções muito mais em questões extrapenais do que em virtude da legislação, o que significa dizer que por mais que uma lei seja impecável (e cabe apontar que as modificações que vem sendo empreendidas estão longe de ser), ela por si só não garante sua efetividade.

A segunda razão reside no risco da mitigação das garantias penais que estão excepcionalmente previstas nesse modelo do Direito penal acabar por se estender por todo ele, atingindo com mais afínco e menos possibilidade de defesa o seletivo grupo de sempre, ao invés dos criminosos de colarinho branco, que permanecerão imunes, independente do que se escreva na lei, já que na prática a estrutura penal não está configurada para atingi-los²⁹¹. Mais além: para alguns expoentes da criminologia crítica, o Direito penal não só não está construído para atingir tais indivíduos, mas está arquitetado para resguardá-los, ao estabelecer seu foco de ação de forma seletiva.

Assim, no que concerne às formas de delinquência pós-industriais – que não causam um temor imediato na população, mas estão mediatamente ligadas às formas de violência clássicas²⁹² – o simbolismo se constrói de forma mais tênue, sendo que o Direito penal é de

²⁹¹ Nesse diapasão, uma rede de proteção confere um status de imunidade que se converte em impunidade para determinados indivíduos, com influência e poder financeiro, cujos delitos não penalizados são contabilizados dentro da chamada “cifra dourada”, expressão simbólica que contrapõe a “cifra negra”.

²⁹² Rememorando-se um raciocínio que parece correto, ainda que simplório: certos crimes econômicos ligados à corrupção ou improbidade administrativa desviam verbas que seriam destinadas a programas sociais. Dois efeitos necessários decorrem disso, sendo que o primeiro é o incremento do *gap* de desigualdade entre os criminosos e relação a camada pobre da população. Em segundo, há um déficit no implemento de políticas públicas importantes à coletividade, à promoção da dignidade dos cidadãos. Tem-se, pois, em razão de uma ação delitiva, dois resultados que sabidamente contribuem para a criminalidade, sobretudo de cunho patrimonial, que é em grande parte responsável pela sensação de insegurança da população: por um lado, potencializa-se a desigualdade social, promovendo um distanciamento das possibilidades de consumo entre as classes sociais, delineando-se ainda mais a categoria de pessoas batizada por BAUMAN como “consumidores falhos”, cujos

fato aplicado de forma ainda mais esparsa. Nesses tipos de crimes, observa-se que o Direito penal costuma parar no momento da cominação, ou seja, o legislador demonstra estar atuando frente às novas formas de criminalidade lançando mão de um instrumento com forte apelo simbólico para população, a norma penal, ainda que em uma prescrição abstrata.

A impunidade dos criminosos de “colarinho branco” mostra-se ainda mais invulnerável em virtude de já existir um imenso exército de encarcerados extraídos dos delinquentes de crimes tradicionais, que permanecem funcionando como “bodes expiatórios” do sistema penal, sobretudo porque a sensação de insegurança da sociedade está mais intimamente ligada às formas de delinquência que tais indivíduos empreendem.²⁹³ Dessa forma, o Direito penal aplicado à criminalidade de “colarinho branco” mostra-se ainda mais inefetivo do que em relação a sua já costumeira inefetividade em relação à “criminalidade tradicional” (que diz respeito, basicamente, aos crimes que atentam contra bens jurídicos individuais).

Portanto, o simbolismo inerente ao Direito penal destaca-se nesse contexto de tutela de bens jurídicos supraindividuais. Essa tendência de criminalidade pós-industrial (crimes ambientais de larga escala, crimes econômicos de altíssima complexidade, crimes virtuais)

meios que dispõem não estão à altura de seus desejos de consumo. Por outro lado, a insuficiência qualitativa e quantitativa dos serviços públicos oferecidos à sociedade cria uma categoria de “cidadãos” marginalizados, uma vez que sem acesso a determinados direitos (sobretudo educação de qualidade), o que os relega a subempregos e improváveis possibilidades de ascensão social a um patamar em que, ao menos, os serviços públicos renegados, possam ser adquiridos em relação de consumo (o plano de saúde, a escola particular, o veículo que substitui o transporte público sem qualidade, etc...). Neste diapasão, constata-se que a Constituição Federal perde seu lugar prioritário, cedendo lugar a uma sociedade que cultua o Código de Defesa do Consumidor como o instrumento por excelência de proteção dos interesses, dos Direitos que são obtidos comercialmente.

²⁹³ Por mais que exista, por razões históricas, uma certa cultura de tolerância com a corrupção (o que pode não implica em uma conclusão moralista da sociedade brasileira como corrupta, ao mesmo tempo, uma dificuldade de percepção de um cidadão “bem sucedido” como criminoso, há um desejo compartilhado pela sociedade, no que concerne à punição de criminosos de “colarinho branco”, o que se confirma na notória satisfação da sociedade em ver políticos ou grandes empresários que, vez ou outra, vão presos e/ou são condenados. No entanto, a impunidade de casos que envolvem esses tipos de autores é tão notável que a população enxerga como utópica a penalização de crimes do gênero. Assim, há uma introjeção da ideia segundo a qual o político corrupto é um personagem característico de nossa sociedade, membro vitalício de nosso *status quo*. A recente punição de alguns deles de forma menos episódica, bem como as rotineiras campanhas que bradam por um “basta à corrupção” e impunidade parecem ser mais arroubos retóricos esparsos, do que definitivas demonstrações de uma mudança de cultura, pois crimes desse gênero ainda encontram um campo virtualmente inexpugnável frente às incipientes formas de prevenção e fiscalização, além da falta de instrumentalidade das normas, já que existe uma notável utilização de legislações simbólicas, com destaque para o Direito penal, no que concerne às formas de sanção para tais condutas. Sobre o tema, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (orgs.) *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: CEB/USAL, 2013, pp. 304-305.

promove uma relativização de princípios basilares²⁹⁴ do Direito penal, para que este englobe condutas que na prática dificilmente serão punidas.

Ocorre, portanto, uma flexibilização de garantias, sem que haja perceptíveis mostras de efetividade do Direito penal (em sua finalidade de proteção de bens jurídicos o que, por conseguinte, proporciona um decréscimo nos índices de violência). Como dito, o grande problema que decorre da mitigação de princípios é a possível reverberação no Direito penal em sua forma clássica, justamente na qual se encontram as formas delitivas das quais se extraem a imensa maioria da população carcerária brasileira, o que implicaria uma ainda maior severidade (que tem se demonstrado inefetivo e desproporcional) desse modelo chamado de “direito penal de primeira velocidade”, por SILVA SÁNCHEZ.²⁹⁵

Em suma, o Direito penal deve estar atento a criminalidade econômica, todavia, não se pode tolerar, que a partir dessa necessidade, estabeleçam-se legislações que apenas aparentemente lidam com esse problema, mas que na verdade só se instrumentalizam em um ainda pior instrumento punitivo para os selecionados do sistema, que já superlotam as prisões brasileiras.²⁹⁶

Repisando o que já foi delineado, há que se prestar atenção, portanto, nos efeitos latentes (típicos do Direito penal simbólico) que estão implícitos a essa nova conformação do Direito penal. Sob o pretexto de diminuir a impunidade dos criminosos de “elite” e, por conseguinte, diminuir a seletividade do sistema, é possível que o efeito de uma lei que seja elaborada para tanto, tenha o efeito contrário (seja ele calculado ou ignorado pelo legislador).

²⁹⁴ Pode-se pensar, por exemplo, na relativização do princípio da culpabilidade, para possibilitar a penalização de pessoas jurídicas.

²⁹⁵ Este autor, em uma interpretação do panorama que foi descortinado nos últimos parágrafos, afirma: “A exigência de responder à globalização e sua delinquência se concebe, em geral, em termos punitivistas, isto é, de evitação de hipotéticas lacunas, assim como de reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também – e de modo muito especial – os próprios Estados. Se isso se adiciona o evidente déficit de aplicação da legislação penal em tais âmbitos, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da consequência jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter seletivo da repressão) se veja compensada com uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos simbólicos da sanção).” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 2001, p. 84.

²⁹⁶ Conforme exemplo que será pormenorizado no subcapítulo “7.3.3 – Sobre a seletividade”, pode-se pensar na lei 9.605 de 1998, conhecida como Lei dos crimes ambientais. Se, ao menos em tese, ela inovava por se direcionar às pessoas jurídicas, o que se notou na prática foram penalizações bizarras, contra cidadãos individualmente por condutas totalmente irrelevantes, sob o âmbito penal. Há que se empreender um giro sobre as condições de aplicabilidade do Direito penal, pois, do contrário e metaforicamente falando, independentemente do calibre que lhe é conferido, ele sempre atirárá na mesma direção.

Tendo em vista as deturpações rotineiras que ocorrem na legislação brasileira, há que se usar o Direito penal com atenção redobrada, mesmo que novas demandas sociais exijam sua tutela. Do contrário, ocorrerá uma punição com o alcance de nunca para os indivíduos de sempre, enquanto os criminosos de “colarinho branco” e categorias do gênero permanecerão contemplados apenas no plano do dever-ser, em uma legislação que sabidamente não mudará o campo de ação do Direito penal.

Nenhuma lei é criada com o manifesto argumento de piorar a sociedade, mas no campo do Direito penal, ainda que com uma ingênua intenção de aperfeiçoamento de seu funcionamento (o que é notado nos discursos da chamada “esquerda punitiva”), o que se nota como tônica é uma piora em sua funcionalidade.

Portanto, mais do que vislumbrar o que assegura que uma norma penal será efetiva perante a criminalidade econômica, há que ter em conta também o que assegura que os efeitos dessa norma não irradiarão sobre a “criminalidade comum”, ou melhor, comumente criminalizada, já que os crimes econômicos de grande monta estão longe de serem incomuns.

Agregar esses dois critérios (um positivo e o outro negativo) parece ser o grande dilema do Direito penal contemporâneo, sendo que possivelmente ele nem possa ser capaz de tal tarefa, concebível apenas a partir de um prisma utópico, que conjugue uma pretensa neutralidade dogmática, e também da boa vontade do legislador e dos órgãos atinentes à aplicação do Direito penal.

4.3.3 – A hiperinflação legislativa

Nota-se que a legislação penal tem sido construída – especificamente no caso brasileiro, tem sido “remendada” – quase sempre observando objetivos que vão além dos fins manifestos do Direito penal. Nesse diapasão, a título exemplificativo, pode-se citar como objetivo consonante às finalidades manifestas a “lícita missão de reduzir ao mínimo a violência da sociedade, assim como reduzir a própria violência estatal.”²⁹⁷

Outros fins, mais ou menos escusos às finalidades manifestas são buscados por meio

²⁹⁷ MONTES FLORES, Efraín. La demagogia del legislador penal. In: *Dogmática penal del tercer milenio*. Lima: Ara, 2008, p. 386.

do Direito penal. Por exemplo, o ganho de prestígio político mediante modificações legislativas. Este objetivo ilegítimo é decorrência de práticas populistas com as quais se angariam votos à época das eleições. Nesse sentido, observa-se que o Direito penal ganhou um sentido de instrumento político (ou melhor, “politiqueiro”), servindo à perpetuação no poder. O político age (nesse caso, mais especificamente, legisla) buscando a sua popularidade, bem como a de seus aliados.

Assim, nestes casos, a criação ou modificação de leis se dá de forma racional (pelo político que visa à finalidade eleitoral), todavia buscando atingir demandas eminentemente emocionais (oriundas de reações da sociedade à violência). Portanto, o prisma político-criminal atrelado à percepção da realidade pela população, com a criação de leis oportunistas cujo grande propósito, ainda que latente, é o de angariar simpatia popular e, por conseguinte, conquistar votos.

Essa forma eleitoreira de legislar²⁹⁸ é possivelmente o grande fator que contribui para o processo de hiperinflação penal, o qual, por sua vez, auxilia no panorama de insegurança jurídica, já que o legislador, como dito por Karl LARENZ, deve ter consciência que não dita leis para toda eternidade, tampouco para um só dia. Fato é que muitos legisladores aparentam ter tal consciência, todavia não agem de acordo com ela, já que legislam a partir da fluida e efêmera percepção social.

Nesse sentido, cabe pontuar o contrassenso em afirmar que nosso Código penal é velho – sob o argumento de que sua parte especial é de 1940 – uma vez que considerável parte dele foi reformada, em alguns casos, sucessivas vezes. Ou seja, em virtude desse excesso legislativo, a tendência do Direito penal brasileiro está mais próxima do “um só dia” que da “eternidade”.

Legislar não é um exercício heurístico, um jogo de tentativa e erro. Há que se ter em conta que cada lei criada contribui para o cenário de hiperinflação legislativa e para insegurança jurídica, haja vista que a cognição do sentido da norma anterior se perde face à nova letra da lei, exceção feita a certas retificações – semelhantes à embargos declaratórios - que visam apenas retificar eventuais omissões, contradições ou obscuridades de normas já vigentes.

²⁹⁸ Que remete à interessante dicotomia do “Direito penal simbólico” proposta por AMELUNG, qual seja a de prestígio *versus* efetividade.

Porém, estas normas com mero caráter corretivo são muito excepcionais, sendo que a tônica das mudanças legislativas no âmbito do Direito penal é da inovação (por meio da criação de novos tipos penais) ou da modificação (com a elaboração de um novo *quantum* para uma determinada sanção ou com a transformação da redação de alguma norma, usualmente, com a ampliação de seu escopo).

Tanto a criação de novos tipos quanto a ampliação das previsões das normas já existentes são expressões de uma hipernomia de um Direito penal em expansão irrazoada (o já abordado “expansionismo”). Essas duas formas de modificação contribuem para o processo de hiperinflação legislativa. A primeira delas (criação de novos tipos) hiperinflaciona o ordenamento por razões óbvias, pois insere conteúdo inédito dentro do conjunto normativo.

Pode-se, por outro lado, também afirmar que até mesmo a modificação das normas já existentes também contribui para o processo de hiperinflação, ainda que não haja um aumento no número de normas. As novas redações legais não acrescentam tipos novos, apenas substituem o conteúdo de norma já existente.

No entanto, essa substituição se formaliza a partir da vigência da nova redação, a qual, cabe ressaltar, não se materializa instantaneamente, já que a cognição dos novos conteúdos se desenvolve no decorrer do tempo e não em um processo unívoco, como se fosse uma espécie de amnésia do conteúdo modificado e, ato contínuo, de concomitante apreensão do novo conteúdo normativo. Isto fomenta a insegurança jurídica de um ordenamento, já que as constantes modificações denotam que as normas demonstram possuir uma exígua expectativa de vida, e parece certo que quanto menor a solidez de um ordenamento, menor será a confiabilidade depositada nele.

Como exposto acima, a hiperinflação legislativa não significa apenas o crescimento na quantidade de normas (refletido, por exemplo, pelo aumento de artigos no ordenamento), mas também as modificações no conteúdo já existente, as quais são implementadas por novas normas.²⁹⁹ Assim, a análise do processo hiperinflacionário deve ser empreendida de acordo com a criação de novas normas, ainda que estas venham a substituir leis já existentes – não provocando qualquer modificação na quantidade de artigos de um diploma legal – mas sim

²⁹⁹ Nestes termos, pode-se tomar como exemplo um diploma penal com apenas 100 normas, no qual se modificam 30 normas. Esse Código hipotético não passará a contar formalmente com 130 artigos, porém, substancial parte de seu conteúdo terá sido modificado. Portanto, o fenômeno da hiperinflação legislativa está mais ligado a produção excessiva de normas (incluindo aquelas modificativas) do que ao aumento da extensão quantitativa das codificações, que é uma consequência usual, conquanto desnecessária ao processo exacerbado de normatização.

nos conteúdos já positivados.

Mais tipos penais – contraditoriamente ao senso comum – significa mais delitos e, não necessariamente, menos condutas do gênero que já ocorria mas não havia recebido a etiqueta de crime. Um raciocínio semelhante se dá nos casos de aumento de pena, em que não se observa um potencial dissuasório nesse movimento de recrudescimento de uma norma, mas sim, um implemento no número de encarcerados, já que as pessoas tendem a ficar mais tempo, muitas vezes em prisões que parecem desafiar a lei física da impenetrabilidade da matéria, acerca da presença de dois corpos no mesmo espaço.

A mesma lógica, se emprega, por fim, na ampliação do número de pessoas e estruturas ligadas ao Direito penal, sendo que, por exemplo, mais policiais, terá por consequência mais clara um aumento de pessoas detidas do que uma questionável diminuição de delitos, já que esse crescimento no número de policiais pode não ser suficiente para impor à sociedade uma sensação de punição certa ou muito provável, condições que estariam aptas a dissuadir a prática delitiva de forma notável.

Após apontar esse dupla perspectiva da hiperinflação legislativa, cabe abrir aqui um breve parêntesis a um ponto que costuma passar despercebido: Ao se analisar a questão da hiperinflação penal há que se ter em mente um prisma que não pode ser olvidado e que demanda uma verificação refinada. Tal prisma diz respeito ao critério qualitativo da legislação penal. Ou seja, se há um excesso quantitativo, depreende-se que há necessariamente um déficit qualitativo, visto que boa parte dessas normas não contém a qualidade exigida para a consecução dos fins legítimos aos quais se propõem.³⁰⁰

Contudo, para além disso, há hipóteses em que mesmo normas que aparentem ser penalmente relevantes (e, portanto, passam pelo crivo quantitativo), não são qualitativamente aptas a proteger os interesses aos quais deveriam tutelar, por não possuírem instrumentalidade e, por tal razão, carecerem de efetividade. Nesse contexto, Alessandro BARATTA expunha que:

A legitimação de certos objetos de tutela e não de outros, sobre a base de sua

³⁰⁰ Nesse sentido, vislumbrando-se que o excesso quantitativo é prejudicial ao aspecto qualitativo das normas, pertinente a afirmação de Miguel REALE: “Infelizmente, muito facilmente se olvida que leis falhas ou nocivas, além do mal que lhes é próprio, redundam no desprestígio das leis boas.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 611.

“relevância penal”, deixa aberto o problema da legitimação do Direito penal sobre a base de sua qualidade instrumental. Por mais que seja louvável qualquer operação teórica e política dirigida a reduzir quantitativamente os sistemas penais e a conter sua tendência expansiva, o déficit de verificação qualitativa da legitimação instrumental do sistema não será jamais sabido pelos resultados quantitativos dessa operação.³⁰¹

Por fim, há que se ter em mente que este vistoso fenômeno de hiperinflação legislativa que acomete o Direito penal contemporâneo está intimamente ligado a dois fatores abordados nos subcapítulos pregressos, quais sejam, o modelo prospectivo de Direito penal (com especial destaque à criminalização do perigo abstrato) e sua desnaturalização (como forma de tutela de bens jurídicos supraindividuais).³⁰²

Uma vez afirmado que todos esses tópicos característicos da contemporaneidade do Direito penal estão interligados, é possível ir mais além da investigação feita até aqui sobre o contexto social pós-industrial feito desde o início deste capítulo e perquirir qual o denominador comum que desencadeou todos esses efeitos (desnaturalização, antecipação e hiperinflação) no âmbito penal. A resposta que melhor se adequa a esta indagação reside no denominado movimento *Law and Order*, abordado em seguida.

4.3.4 – O movimento *Law and Order*

A insistência presente no ideário social com relação ao tema da violência acaba submetendo os cidadãos à condição de potenciais vítimas, tornando-os sugestionáveis a qualquer tipo de ação que aparente estar apta para retirá-los dessa incômoda posição. E a aparente aptidão da ação para libertá-los dessa sensação depende basicamente de duas características: a rapidez e intensidade da reação perante o perigo, o qual é internalizado e se

³⁰¹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal..., cit., p. 63.

³⁰² Interessante, nesse contexto da hiperinflação legislativa, uma remissão ao bom senso de BECCARIA, que afirma que a proibição de uma multiplicidade de condutas indiferentes não evita delitos, mas sim cria outros novos. Acerca do tema, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, cit., p. 427.

converte em insegurança.³⁰³

Ainda que uma norma não seja aprovada da noite para o dia, é fato que a pretensa solução por meio da mudança legislativa é muito mais simples e veloz do que um ataque sobre as causas que fomentam a violência e os fatores que desencadeiam essa percepção exacerbada sobre a violência criminal.

Assim, o endurecimento da legislação penal cumpre com os requisitos de rapidez e intensidade, exigidos pela sociedade contemporânea face aos perigos, os quais são repercutidos e maximizados pela mídia, renitente em abordar a temática da violência. Nesse sentido, leis são aprovadas à toque de caixa, sobretudo logo após casos de comoção. Cabe apontar que, em alguns casos, a mera proposta de modificação legislativa (que muitas vezes nem acaba sendo promulgada) já apazigua a sociedade, o que denota que essas ações (de emergência penal) estão eminentemente voltadas para um campo de ordem emocional.

A referida emergência penal decorre da exigência por ações que proporcionem mais segurança à sociedade ou, ao menos, maior sensação de segurança. A emergência, portanto, está intimamente ligada à insegurança coletiva, que é um traço notável da “Sociedade de risco”.³⁰⁴

O movimento *Law and Order* frutificou nesse contexto de emergência penal mencionado, sendo que um marco de sua gênese foi o pensamento do criminólogo James Q. WILSON, cuja obra teve notável influência sobre a política criminal dos EUA, no início da

³⁰³ Segundo a irretocável descrição de Sérgio ADORNO: “Nas acres crônicas da insegurança e do medo do crime, nos fatos e acontecimentos que sugerem a fragilidade do Estado em velar pela segurança dos cidadãos e proteger-lhes os bens, materiais e simbólicos, nos cenários e horizontes reveladores dos confrontos entre defensores e opositores dos direitos humanos inclusive para aqueles encarcerados, julgados e condenados pela justiça criminal, tudo converge para um único e mesmo propósito: o de punir mais, com maior eficiência e maior exemplaridade. Trata-se de propósito que se espelha em não poucas demandas: maior policiamento nas ruas e nos locais de concentração populacional, sobretudo as habitações populares consideradas celeiro do crime e de criminosos; polícia mais intolerante para com os criminosos; justiça criminal menos condescendente com os ‘direitos’ dos bandidos e mais rigorosa na distribuição de sanções penais; recolhimento de todos os condenados às prisões que devem se transformar em meios exemplares de punição e disciplina. Com nuances entre os mais radicais que advogam pena de morte e imposição de castigos físicos aos delinquentes e os mais ‘liberais’ que pretendem o aperfeiçoamento dos instrumentos legais de contenção repressiva dos crimes, todos gravitam em torno de um imperativo categórico: o obsessivo desejo de punir.” ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança...* cit., p. 25.

³⁰⁴ Fauzi Hassan CHOUKR aponta que “emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. Num certo sentido a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a justificar a adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de ‘estado democrático e de direito’ como limite máximo da atividade legiferante nessa seara.” Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, pp. 5-6.

década de 1970. Tal autor estava alinhado ao pensamento conservador estadunidense, o que refletiu em sua criminologia que dava um aval “científico” para a repressão penal. Nesse sentido, sua obra continha tomadas de posições favoráveis ao aumento da severidade, seja com maiores penas privativas de liberdade ou até mesmo com a pena capital nos casos mais extremos. No diapasão do pensamento de WILSON, a pena de morte (que estava sob moratória desde 1967) foi restabelecida em 1976 e novas leis e políticas duríssimas de combate ao crime foram adotadas, fazendo com que os EUA ostentassem o título de maior presídio do mundo.³⁰⁵

Destaca-se, do arcabouço teórico de WILSON (que, não sem razão, foi assessor do presidente republicano Ronald Reagan), a conhecida “teoria das janelas quebradas” (*broken windows theory*)³⁰⁶, publicada em 1981, juntamente com George KELLING. A principal ideia dessa teoria residia na manutenção da ordem como forma de contenção da violência. Nesse sentido, a teoria sugere que quanto mais decadente é uma região, maior a possibilidade de que crimes lá ocorram, como consequência da sensação de abandono e desordem daquela localidade.

Obviamente, essa controvertida relação causal entre crime e ambiente desordenado (metaforizado por uma janela quebrada) dá ensejo a uma política de maquiagem das áreas urbanas e, mais do que isso, uma política higienista que recai sobre os marginalizados, sob a lógica de que não basta arrumar os objetos de um entorno, consertando janelas, pintando muros, etc., sendo fundamental também suprimir da paisagem aqueles cidadãos que não se adequam à ordem estabelecida.

Já quanto ao movimento *Law and Order*, pode-se delineá-lo a partir das seguintes características: a pena se justifica como um castigo; os chamados crimes graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras; as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo o condenado a um excepcional regime de severidade; a prisão provisória é

³⁰⁵ Cf. WACQUANT, Lööc. *Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social*. Marselha: Agone, 2004, p. 81. Conforme o “9º World prison population list” elaborado pela ICPS (International Center for Prison Studies) em 2011, os EUA se mantêm com larga vantagem no primeiro lugar em número de encarcerados no planeta, com um número estimado de 2.292,233 pessoas. Em termos populacionais (embora esse dado, isoladamente, não permita conclusões seguras) os EUA ocupam apenas o terceiro lugar, muito atrás de China e Índia.

³⁰⁶ WILSON, James Q.; KELLING, George L. Ventanas Rotas. La policía y la sociedad en los barrios. Tradução de Daniel Friedman. In: *Delito y Sociedad*, Buenos Aires, nº 15-16, 2001.

utilizada com mais frequência e de forma mais estendida, como meio de resposta imediata ao suposto delito; deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e um aumento da discricionariedade das autoridades penitenciárias na fase de execução.³⁰⁷

Com o advento do *Law and Order*, a ideologia da repressão retoma força, alicerçada na noção de pena como castigo, o qual possuiria uma perspectiva preventiva dissuasória. Graças ao movimento “Lei e ordem”, o pêndulo do Direito penal – que se movimenta entre posições cíclicas de laxismo e recrudescimento – sofre um importante deslocamento rumo ao rigorismo, posição na qual persiste posicionado há décadas.

A repressão penal, como o próprio nome do movimento *Law and Order* indica, opera dentro de uma perspectiva de coação na base na manutenção da ordem social (o que remete à teoria da janelas quebradas), fazendo com que condutas que sob o prisma Direito penal clássico estariam muito distante da criminalização sejam sancionadas penalmente. Como já foi delineado, ao se abordar o modelo prospectivo do Direito penal, essa política de repressão a ações outrora irrelevantes adianta o momento da penalização, como forma de estabelecer a ordem, sob o argumento de que a desordem é perigosa (conceito que remete à noção de perigo abstrato), pois serve de chama inicial para o fomento de crimes mais danosos. A ideia seria de que a massificação da pequena delinquência serviria como pano de fundo para a ação da criminalidade mais danosa.³⁰⁸

É importante, ao abordar essa temática, fazer um breve parêntesis para mencionar e evitar uma rotineira confusão feita acerca da origem do movimento Law and Order: alguns autores pontuam Ralf DAHRENDORF como um de seus precursores, quando na verdade ele escreveu o livro homônimo³⁰⁹ ao movimento, anos depois da tendência já ocorrer nos EUA.

Todavia, de fato a obra de DAHRENDORF guarda íntima relação com o movimento, sendo que, por exemplo, no livro “Law and Order”, ele sugere uma política criminal que intervenha, dentre outras formas, das seguintes destacadas: na punição de crimes atualmente não punidos; na ampliação do leque de oportunidades para os jovens, mas também em um extremo rigor a eles exigidos em relação à autoridade; no apoio às instituições de lei e de

³⁰⁷ Cf. TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos – o mito da repressão penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 76. Cf. ainda ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, cit., pp. 780-785.

³⁰⁸ Curioso notar como há uma cínica inversão dos fatos na implementação do *Law and Order*. Parece inequívoco que é a grande criminalidade, sobretudo de colarinho branco, que desencadeia boa parte da pequena criminalidade e não o contrário, como apregoado em tal movimento.

³⁰⁹ Cf. DAHRENDORF, Ralf. *Law and Order*. London: Stevens & Sons, 1985.

ordem, mediante uma polícia mais atuante dentro da comunidade.³¹⁰

Esboçadas as linhas teóricas do *Law and Order*, adentra-se na aplicação dos conceitos do movimento, podendo-se mencionar o exemplo ocorrido em Nova Iorque, da política criminal batizada de “Tolerância zero”, implantada na gestão do prefeito Rudolf Giuliani. Tal política implementou na metrópole estadunidense uma prática de coação intensa sobre os miseráveis, moradores de rua, prostitutas, dentre outros cidadãos marginalizados.³¹¹

A política de “Tolerância zero” é uma falácia que ganhou notoriedade em todo mundo, sobretudo porque as opiniões favoráveis estão (intencionalmente ou não) calcadas em dados analisados de forma descontextualizada.³¹² O que é mais interessante no exemplo nova-iorquino é ver como a popularidade do discurso rigorista – simpático à sociedade (abatida pelo sentimento de insegurança) – faz com que uma prática higienista como a “Tolerância Zero” de Nova Iorque seja aplaudida, travestida em uma política criminal paradigmática, copiada ao redor do mundo, inclusive em cidades brasileiras.

Oportuno lembrar, ao mencionar o processo de “exportação” de políticas criminais, como WACQUANT denomina metaforicamente os EUA, em razão de sua gestão criminal contemporânea: Estado-Centauro, com uma cabeça liberal sobre um corpo autoritário. Tal modelo estatal está muito mais centrado em uma atuação repressiva, atuando por meio de proibições, do que em uma atuação positiva, ao estilo do assistencialismo social do *welfare state*. Justamente pela carência do Estado em sua perspectiva de provedor de bem-estar na sociedade, há uma hipertrofia na necessidade de sua faceta de repressão, que necessita agir frente a considerável parte da delinquência que está ligada a desigualdade e outros problemas sociais.

³¹⁰ ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança...* cit., p. 15.

³¹¹ Acerca do processo de penalização dos marginalizados, intrínseco ao “Tolerância zero”, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 77, ano 17, São Paulo, 2009, p. 274 e ss.

³¹² Isto porque os números de diminuição da violência em Nova Iorque são parecidos com os de outras metrópoles americanas, que utilizaram outros métodos de política criminal (como a polícia comunitária) ou mesmo não tiveram qualquer inovação na forma de enfrentamento da violência criminal. Segundo o *Uniform Crime Report do Federal Bureau of Investigation (FBI)*, do ano de 2000, houve um declínio no índice de crimes em 17 das 25 maiores cidades estadunidenses na década de 90, época da implementação do “Tolerância zero” em Nova Iorque. Fatores externos, ainda que íntimos à política criminal, como a bonança econômica e a diminuição do desemprego são apontados como responsáveis pelo decréscimo na criminalidade nas metrópoles estadunidenses, naquele período. Há ainda outro fator a ser levado em consideração: o problema da neutralidade das estatísticas, uma vez que denúncias acerca da manipulação dos índices (prática nomeada pela expressão em inglês *cooking the book*) vieram à tona na década de 90, em casos nos quais os policiais de Nova Iorque supostamente eram obrigados a registrar quedas no índice de criminalidade mais acentuadas do que na realidade.

Diante do panorama de rigorismo desenvolvido na política criminal estadunidense, WACQUANT demonstra uma correta preocupação acerca do fenômeno de mimetização desse modelo por outros países (nesse escopo, mais especificamente, sublinha-se o exemplo das cidades que se espelham no programa “Tolerância zero” de Nova Iorque). O poderio econômico e, por conseguinte, cultural sobre os demais países facilita a dispersão do modelo do movimento “Lei e ordem”, englobado dentro da perspectiva de difusão política do modelo americano de sociedade, cuja influência se espalha sobre o cenário internacional.

Cabe apontar que o movimento “Lei e ordem” lançou as bases para a massificação do “Direito penal simbólico” ao promover o punitivismo e a emergência penal, fenômenos que se transmutaram em normas penais voltadas à consecução de fins ilegítimos ao Direito penal, sobretudo a satisfação da sociedade, envolta por uma atmosfera de insegurança.

Sempre é importante, no entanto, ter cuidado ao mencionar a questão da insegurança coletiva, de forma que ela não seja compreendida como um simples sentimento surgido do nada, sem uma gênese bem estabelecida. Nesse sentido, há que se refletir se o movimento *Law and Order* é uma consequência das demandas sociais de insegurança ou se na verdade tais demandas apenas foram estimuladas como forma de validação dessa política.

Assim, por trás da finalidade manifesta de conter a violência, haveria uma intenção oculta de apaziguamento social, mas, ainda haveria outra, mais oculta, que residiria na necessidade de gestão dos miseráveis (os consumidores falhos, na terminologia de BAUMAN). A incapacidade ou desinteresse de proporcionar uma melhora da qualidade de vida desses indivíduos por meio de políticas sociais gerou uma importante massa de indesejados pelo sistema (ou seja, uma quantia de criminosos muito superior àquela apontada por DURKHEIM como úteis ao tecido social). Para esse grupo de excluídos, o Estado se faz presente por meio do Direito penal, que serve de instrumento de inocuização, por mais que ainda se insista (ao menos no discurso oficial) na falácia da ressocialização.

Incutiu-se e legitimou-se, por meio da exploração do medo dos crimes violentos como homicídios, sequestros, estupros, latrocínios, etc., a ideia do movimento *Law and Order* como efetiva ferramenta de combate de tais crimes. Assim, com base na exploração de crimes muito violentos (que estatisticamente compõem uma incipiente minoria do total de delitos, mas que são os que mais geram temor na sociedade) implementou-se o *Law and Order*. Tal movimento ganhou legitimação da opinião pública, mesmo que não tenha efetividade contra os crimes mais temidos pela coletividade, sendo na verdade um instrumento de gestão dos

marginalizados, colocados sob o jugo do Direito penal em virtude de condutas de pouquíssima ou nenhuma lesividade, como a prostituição ou a mendicância. Com essa política o Estado logra êxito em suas duas finalidades implícitas:

Em primeiro lugar, o higienismo – que busca tornar a rua um local asséptico e bem visto pelo “cidadão de bem” – faz com que a percepção da insegurança diminua na sociedade.³¹³ Assim, pela calibração com a opinião pública, o movimento “Lei e ordem” está totalmente atrelado ao populismo punitivista (originalmente cunhada em inglês como *populist punitiveness*³¹⁴).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que prestígio é adquirido perante à sociedade, neutralizam-se, por meio do Direito penal, indivíduos que estão marginais ao sistema, ainda que essa marginalização se dê em virtude de uma omissão estatal em prover a eles direitos basilares e imprescindíveis ao seu desenvolvimento.

Por fim, já que o teor deste trabalho tem deixado claro o tom crítico acerca da perspectiva do rigorismo penal (inclusive por ser ensejador do “Direito penal simbólico”), parece desnecessário desvelar uma crítica pormenorizada e pontual ao *Law and Order*. Cabe, todavia, apontar que a dinâmica pendular do Direito penal demonstra que o falacioso discurso rigorismo penal – incutido no movimento “Lei e ordem”, protagonista da onda punitivista que acomete boa parte do Ocidente nas últimas décadas – não é inédito, tendo sido observado em outros ciclos que permearam a história da penalização.

Certo é, que independente do contexto, local ou época, a efetividade do recrudescimento penal nunca foi inequivocamente demonstrada, ao passo que os prejuízos da implementação desse rigorismo exacerbado já foram observados no passado. Nesse diapasão, Francisco de Assis TOLEDO rememorava que:

A lei penal mais repressiva, com penas cruéis, já foi utilizada aqui e alhures, mas contraditoriamente deu como resultado novos tipos de crime, como ocorreu com o gangsterismo por ocasião da lei seca, com a criminalidade profissional na Idade Média, com o mercado negro durante os tabelamentos

³¹³ De acordo com Gabriel Ignacio ANITUA “três em quatro nova-iorquinos consultados à época se consideravam mais seguros, o que demonstra a efetividade inequívoca na implementação da ideologia do punitivismo. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, cit., p. 787.

³¹⁴ Cf. o artigo em que a expressão foi cunhada: BOTTOMS, Anthony. *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*. In: CLARKSON, C. (org.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

de preço, apesar das punições estabelecidas. É um círculo vicioso interminável.³¹⁵

4.3.5 – A esquerda punitiva

Por fim, um breve panorama merece ser esboçado acerca da tendência da esquerda positiva, outro traço notável ligado ao Direito penal contemporâneo, que indica como novos e velhos setores da sociedade se aproximam do Direito penal nesse panorama de fervor das contradições pós-industriais, conferindo homogeneidade na sua utilização (quase todos creem no Direito penal) e heterogeneidade nas formas de sua utilização (esses quase todos creem no Direito penal para suas causas particulares, ou seja, são partidários da penalização naquilo que lhes serve).

Há praticamente um consenso da sociedade em enxergar o Direito penal como panaceia, sendo que a descrença sobre ele que alguns autores costumam apontar na população está relacionada ao laxismo penal, já que a cobrança por leis mais rígidas desses supostos descrentes só reforça a fé depositada no Direito penal, este que é um dos raros pontos pacíficos entre direita e esquerda, pois ambas atualmente demonstram um lamentável fascínio pelo Direito penal, como instrumento de proteção dos mais diversos interesses.

O câmbio de postura dos grupos de esquerda, de uma posição de antagonismo do Direito penal em sua estrutura para o partidarismo do uso do Direito penal em demandas específicas, expõe a falta de critério e reflexão das possibilidades do Direito penal. Mais além, representa uma rendição dos derradeiros baluartes de oposição política ao Direito penal, em sua integralidade.³¹⁶

A esquerda se enfeitou pelo canto de sereia do punitivismo. Com isso, não se quer aqui afirmar que indivíduos e grupos alinhados a um pensamento de esquerda não possuam demandas racionais, legítimas e mesmo fundamentais. Todavia, a grande preocupação em torno dessa questão deriva do fato de que nem todos são experimentados e conhecedores do

³¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, nota à 3ª ed.

³¹⁶ De fato há alguns partidários, sobretudo vozes isoladas na academia, do abolicionismo ou da redução do Direito penal. Todavia, tais pensamentos estão muito longe de ressoar de forma minimamente perceptível dentro da sociedade, chegando apenas ao público especializado na temática.

Direito penal em suas minúcias e nos efeitos nefastos que a penalização de novas demandas e a criação de exceções em determinadas garantias para que se alcance os poderosos podem ensejar.

Essa temática tem grande pertinência com o cerne deste trabalho, pois a aproximação dos movimentos de esquerda com o Direito penal guarda estreita relação com o “Direito penal simbólico”. Nesse escopo, basta rememorar, por exemplo, que Winfried HASSEMER classifica como “Direito penal simbólico” as leis de declaração de valores, por exemplo na proteção contra a violência de gênero, com o legislador demonstrando que compartilha dos valores defendidos por setores específicos da sociedade, sendo um exemplo, no caso da violência de gênero, a pressão exercida sobretudo por coletivos feministas que usaram como símbolo emblemático de sua causa um caso brutal de agressão contra a mulher³¹⁷.

O “Direito penal simbólico” se adequou às demandas difusas de grupos que adquiriram imenso poder de lobby nas últimas décadas. A grande questão é que não há uma esquerda coesa, mas sim diversos setores com variadas causas, o que implica um excessivo “expansionismo” do ordenamento penal, caso os legisladores continuem com a eleitoreira intenção de fazer com que o Direito penal agrade a gregos e troianos.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ contextualiza esse fenômeno da esquerda punitiva apontando sua gênese perceptível por volta dos anos 70. Tal autor expõe:

Na história recente, o primeiro momento de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade é marcado por reivindicações de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos, como os movimentos feministas, que, notadamente a partir dos anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, febre repressora que logo se estendendo aos movimentos ecológicos, igualmente reivindicantes da intervenção do sistema

³¹⁷ Na linha do exemplo suscitado, vejamos: “Nas últimas décadas os movimentos feministas têm exigido de forma constante mais Direito penal, mais polícia, mais condenação e mais castigo para uma categoria especial de infratores. Alguns críticos desse movimento feminista de esquerda objetam que o feminismo estaria de alinhando às tendências reacionárias de direita que exigem mais lei e mais ordem.” EDWARDS, Susan. La función simbólica del derecho penal: violencia doméstica. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial jurídica ConoSur, 1995, p. 83.

penal no combate aos atentados ao meio ambiente, acaba por atingir os mais amplos setores da esquerda.³¹⁸

A expressão “Gestores atípicos da moral”³¹⁹ é utilizada por SILVA SÁNCHEZ para fazer referência aos grupos que impõem as mais variadas causas à agenda política, o que acaba refletindo, cedo ou tarde, no Direito penal, utilizado com frequência como instrumento de satisfação de demandas. Ter uma causa amparada penalmente é um objetivo desses novos gestores da moral, pois há um senso comum de que só se respeita e valoriza adequadamente um determinado interesse quando ele está protegido pelo Direito penal, com a criminalização das eventuais afrontas a tal interesse. Transformar condutas em crime é visto como uma vitória (carregada de simbolismo) pelo grupo de pressão em prol do determinado interesse penalmente tutelado.

Assim, entidades e partidos políticos e seus simpatizantes, que tradicionalmente se colocavam como antípodas do Direito penal, afirmando que este era um instrumento das classes poderosas utilizado contra as classes subalternas, passaram a clamar pela penalização de condutas que afetam seus interesses, em um aparente movimento de expropriação do instrumento de dominação dos poderosos.³²⁰ Diz-se aparente expropriação porque a função de dominação do Direito penal não cedeu um milímetro em virtude desse fascínio dos grupos de esquerda, justamente porque as demandas clamadas por tais grupos acabam tendo efeito prático sobre a típica clientela do Direito penal (por exemplo, quando a lei de crimes

³¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito, Sociedade*. nº 1, ano 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79. No mesmo artigo, e ainda em um esforço de contextualização a autora completa: “A adesão de amplos setores da esquerda à ideologia da repressão, da lei e da ordem, seu interesse por um implacável combate à criminalidade, sua “descoberta” do sistema penal surgem em um tempo em que os sentimentos de insegurança e o medo coletivo difuso, provocados pelo processo de isolamento individual e de ausência de solidarização no convívio social, aliam-se à decepção enfraquecedora das utopias e à necessidade de criação de novos inimigos e fantasmas capazes de assegurar a coesão em formações sociais que, como desmoronamento das traduções reais do socialismo, não mais têm exigida a demonstração de sua superioridade democrática.” *Ibid.*, p. 87.

³¹⁹ “Se os tais ‘gestores’ vinham sendo, tradicionalmente, determinados estamentos burgueses-conservadores, hoje adquirem tanta ou mais relevância em tal papel as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses. Quanto a este último aspecto, aparentemente não vem sendo dada muita atenção ao fato de que tais demandas de criminalização, certamente em boa parte atendidas, se mostrem inadequadas, vulneradoras de princípios gerais do Direito Penal.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 67.

³²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 67-68.

ambientais é utilizada contra quem retira a casca de uma árvore ao invés das grandes empresas poluidoras).

Há ainda uma outra vertente – além do clamor pela criminalização dos interesses que fazem parte da agenda dos “novos gestores da moral” – que evidencia a esquerda punitiva: a exigência do rigorismo voltado para os poderosos. Nesse escopo, setores da esquerda ingenuamente pretendem que os mesmos mecanismos repressores utilizados seletivamente, se expandam e se dirijam ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico.³²¹

Acerca da pressão pela punição severa e exemplar dos crimes ocorridos dentro do âmbito político, Maria Lúcia KARAM faz uma interessante advertência, embasada na história brasileira e italiana:

[...] amplos setores da esquerda foram tomados por um desenfreado furor persecutório, centralizando seu discurso histérico e irracional no combate à corrupção, não só esquecidos das lições da história, a demonstrar que este discurso tradicionalmente monopolizado pela direita já funcionara muitas vezes como fator de legitimação de forças das mais reacionárias (basta lembrar, no Brasil, da eleição de Jânio Quadros e do golpe de 64), como incapazes de ver acontecimentos presentes (pense-se na simbólica vitória dos partidos aliados a Berlusconi nas eleições italianas, no auge da tão admirada Operação Mãos Limpas).³²²

A noção de impunidade dos poderosos, derivada do uso que se dá ao Direito penal, é conhecida por muitos. No entanto, poucos sabem que esse mau uso refere-se às expectativas geradas sobre o Direito penal, uma vez que não há um descompasso entre a forma de operação do Direito penal em relação às razões de sua concepção. Isso porque ele não se trata de um instrumento neutro (por mais que ainda se insista na utópica ideia de um plano dogmático neutro). Assim, tanto como “carta magna do réu” ou como instrumento de proteção dos bens jurídicos, sua configuração auxiliará os que possuem mais poder, seja para sair impune, seja para punir quem ameaçou ou lesionou seus interesses.

³²¹ Cf. KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva*, cit., p. 80.

³²² *Idem.*

É inegável que a impunidade dos poderosos é intolerável e especialmente danosa por seus efeitos materiais e simbólicos que podem irradiar por todo tecido social. O Direito penal tem de ultrapassar as barreiras de auto-proteção estabelecidas por esse tipo de criminoso e chegar, por exemplo, ao político corrupto, à empresa que usa conscientemente mão de obra análoga à condição de escravidão, ao magnata que sonega e lava dinheiro, e outras categorias do gênero.

Todavia, há que se alcançar esse intento sem modificar as garantias e princípios que regem o Direito penal. Do contrário, como já foi suscitado nesse trabalho, essas exceções sobre garantias criadas com o intuito de punir os poderosos acabarão sendo deturpadas e estendidas sobre os criminalizados de sempre. Vejamos um excerto irretocável que vai na linha do que se expôs:

Desejando e aplaudindo prisões e condenações a qualquer preço, estes setores da esquerda reclamam contra o fato de que réus integrantes das classes dominantes eventualmente submetidos à intervenção do sistema penal melhor se utilizam de mecanismos de defesa, freqüentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais, no mínimo esquecidos de que a desigualdade inerente à formação social capitalista, que lógica e naturalmente, proporciona àqueles réus melhor utilização dos mecanismos de defesa, certamente não se resolveria com a retirada de direitos e garantias, cuja vulneração repercute sim - e de maneira muito mais intensa - sobre as classes subalternizadas, que vivem o dia-a-dia da Justiça Criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta.³²³

Assim, por mais que haja um consenso que agrega os mais diversos setores da sociedade, raramente alinhados em outras questões, fato é que as “regras do jogo” – as garantias penais – devem se manter, independente de quem se queira alcançar penalmente, independente do legítimo desejo de diminuição da impunidade e independente também da pressão popular que quer o Direito penal servindo de instrumento de justicamento. O grande desafio é, portanto, sem abdicar das garantias, conseguir diminuir a impunidade, especialmente notável na “cifra dourada”.

³²³ KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva*, cit., pp. 80-81.

5 - A MÍDIA COMO VEÍCULO CATALISADOR DA INSEGURANÇA COLETIVA

A “Sociedade de risco” promoveu uma mudança na abordagem da violência, que sofreu uma migração expansiva na sua midiaticização.³²⁴ A violência migrou de espaços pontuais, como breves páginas policiais de jornais de grande circulação ou dos jornais voltados para a cobertura de crimes, para um papel de protagonismo nos mais diversos meios de comunicação.³²⁵ Os jornais especializados na cobertura criminal³²⁶ não são mais os exclusivos propagadores do sensacionalismo midiático. A temática da violência se dispersou de forma maciça por toda a programação televisiva e para além do caderno policial de jornais de qualidade duvidosa. Possivelmente, a violência (no noticiário, na dramaturgia, nos esportes) seja uma das, senão a principal tônica que orienta a mídia em relação ao público.³²⁷

Como já foi demonstrado, há uma generalização apressada no senso comum, segundo a qual a violência necessariamente está ligada a criminalidade, tratando-se, portanto, de uma questão de Direito penal. Essa generalização também é comungada pelos veículos de comunicação, ocorrendo um notável processo de fetichismo midiático pela violência e, portanto, pela criminalidade e Direito penal.

Nesse sentido, observa-se inclusive uma tendência de alguns programas televisivos

³²⁴ O relato feito por Sérgio ADORNO em sua tese de livre docência (que foi apresentada no primeiro semestre de 1996, ou seja, com quase duas décadas) tem uma atualidade impressionante, mostrando como a mídia continua operando da mesma forma nas últimas décadas (dentro do escopo da sociedade de risco) no que concerne à cobertura criminal. Com isso, foi criado ao longo período (a bem da verdade, já antes disso) um sentimento crônico de insegurança e um exacerbamento da percepção da violência criminal, que mais além de crônico, é agudo quando visto em cada um de seus instantes, evidenciando como a tônica da cobertura jornalística é marcada por um constante excesso, construído, por exemplo, a partir de uma sucessão de casos em destaque (por exemplo, algum assassinato que causou comoção pública) e/ou a insistência sobre um determinado “crime da moda” (em 2013, por exemplo, a explosão de caixas eletrônicos com dinamite é um dos delitos eleitos para ser coberto à exaustão, o que, curiosamente, muitas vezes acaba incitando outros indivíduos a se aventurarem neste tipo de delito). Cf. ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança...* cit., pp. 125-129.

³²⁵ Cf., nesse sentido, RONDELLI, Elisabeth. Imagens da violência e práticas discursivas. In: *Linguagens da Violência*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp 144-162.

³²⁶ Interessante análise da cobertura da violência é feita no livro de Danilo ANGRIMANI, com sugestivo título: *Espreme que sai sangue: um estudo do sensacionalismo na imprensa*. São Paulo: Summus, 1995.

³²⁷ Nesse sentido: “Nos jornais, na televisão, no cinema, em todas as instâncias, a violência está tão presente nas situações comunicativas da mídia contemporânea que se apresenta como uma obsessão temática. É aqui que nos parece que resida a insuficiência da maioria das abordagens contemporâneas que refletem a relação entre violência e mídia: tratar a violência como se ela estivesse presente na mídia apenas sob a forma de tema de assunto como se fosse apenas mais uma pauta” CONTRERA, Maria Segura. *Mídia e Pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Fapesp, 2002, p. 90.

tomarem para si, em uma espécie de responsabilidade concorrente, algumas funções executivas, sobretudo no que concerne a atribuições policiais: Câmeras cuidadosamente colocadas para a obtenção de flagrantes, helicópteros de emissoras sobrevoando as cidades em busca de imagens e fatos violentos, ou ainda casos como o de um apresentador que negocia sequestro ao vivo na televisão. Nilo BATISTA denomina esse fenômeno de “executivização das agências de comunicação social do sistema penal.” Segundo o autor, “as microcâmeras desses jornais policiais estão executando diretamente funções de agências policiais.”³²⁸

De fato, deslocar para a imprensa funções insuficientemente cumpridas pelo Estado cria um grande problema: o fomento da espetacularização. A mídia clama pelo fim da criminalidade, mas há que se ponderar que se isso ocorresse, um setor imenso dos meios de comunicação, voltado para a cobertura criminal, se esvaziaria. A midiaticização da violência não ficcional é lucrativa. Por tal razão, o que se busca prioritariamente não é a contribuição com o poder público, servindo de um instrumento auxiliar ao combate da criminalidade, mas sim o acesso imediato aos fatos, permitindo o processo de espetacularização. Assim, as câmeras de televisão não são colocadas para se evitar crimes, mas sim para flagrá-los.

Feita essa primeira constatação, é importante tomar em consideração o papel desempenhado pelo Direito penal contemporâneo e como ele se relaciona intimamente com o comportamento e finalidade lucrativa (que é óbvia, ainda que não manifesta no discurso oficial e slogans) dos meios de comunicação.

Frente ao fracasso do Direito penal na consecução de seus fins manifestos, parece cristalino que ele cada vez mais é utilizado como instrumento de estabilização do comportamento social. Nesse sentido, a opinião pública e seu inafastável vínculo simbiótico com a imprensa estabelecem, em um ambiente democrático, um binômio forte o suficiente para garantir a subserviência do Estado e, por conseguinte, do legislador, aos seus anseios.

A submissão do político à coletividade soberana (leia-se, conjunto de eleitores que os mantém ou os retira do poder), que é vista como uma virtude da democracia, acaba por, em

³²⁸ BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: *Verso e Reverso do Controle Penal* – (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 155. *apud* CHAVES JUNIOR, Airto. *O controle penal dos excedentes...* p. 86. Na mesma página o autor ainda pontuou: “Já existem, nos Estados Unidos, canais à cabo cuja programação é 100% penal, e alguns de seus números – como a conciliação ao vivo, começam a chegar por aqui”. Em uma aproximação exemplificativa da atualidade do que Nilo BATISTA afirmara há mais de uma década, pode-se mencionar o primeiro júri popular transmitido ao vivo no Brasil, ocorrido em março de 2013, relativo ao crime que ficou conhecido como “Caso Mércia Nakashima”.

determinados casos, suscitar grandiosos equívocos (como a necessidade política de se criar leis para o apaziguamento social) que são perpetuados em razão de uma busca incessante pelo capital político, que tem sido construído, no prisma do Direito penal, sobre a retórica do punitivismo, exigido por uma vultuosa parcela da mídia, que se coloca como arauta da vontade popular.³²⁹ Acerca disso, por exemplo, Rosane BORGES aponta que “...os noticiários policiais estão na esteira de um ideal disciplinador que se respalda na tática punitiva contemporânea. (...) Tais programas conclamam a sociedade, os órgãos competentes, a fazerem valer a lei.”³³⁰

5.1 – Dissimulação e fetichismo: o comportamento da mídia face ao Direito penal

A percepção da violência, em virtude do alcance e dinamismo dos meios de comunicação, é potencializada a patamares muito além do que era possível no período anterior à sociedade pós-industrial. Para ilustrar a afirmação anterior, pode-se lançar mão do exemplo das agências de notícias internacionais, pelas quais é possível ter acesso à informação do que ocorre nos quatro cantos do planeta, praticamente em tempo real. Assim, há quase que uma instantaneidade na recepção da notícia, bem como há uma quantidade gigantesca de notícias que acabam sendo, mesmo que sem a intenção do indivíduo, bombardeadas sobre ele. Tema dos mais recorrentes no noticiário é justamente a violência, e, quanto mais ela é veiculada, mais oportunidades se abrem para dramatizá-la e conferir a ela

³²⁹ “O campo político está “diretamente submetido à pressão midiática, no qual essas pressões são consideradas legítimas, pois representariam uma suposta ‘opinião pública’, e a conservação dos agentes em suas posições depende da legitimação externa, submetida à lógica eleitoral, em grande medida influenciada pelo campo jornalístico.” ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. In: *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

³³⁰ BORGES, Rosane da Silva. *Jornalismo-verdade ou condenação sumária: jornalismo policial e os mal-ditos no programa de TV Bandeira 2*. Dissertação de Mestrado em Jornalismo, Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002, p.67. Davi ROMÃO apresenta um sintomático excerto do discurso feito pelo conhecido apresentador de programas de jornalismo policial, Marcelo Rezende, no Cidade Alerta, da Rede Record: “Por que que eles fazem isso? Porque nós não temos uma punição rigorosa. [...] Se por ventura, se por ventura, nós tivéssemos nesse país uma resposta imediata a esse tipo de crime, isto é, se nós pudéssemos ver um sujeito desses, indo para um julgamento, e um julgamento onde pudesse chegar até a pena de morte, a pergunta que eu te faço é: ele atiraria ou não atiraria? Digamos que ele atirasse. Tudo bem. Ele atirava mas morreria também, era menos um.” ROMÃO, Davi Mamblona Marques. *Jornalismo Policial: indústria cultural e violência*. Dissertação de Mestrado em Psicologia, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 172.

um uso político. Mais uma vez cabe apontar que a abordagem midiática da violência acaba sendo confundida com a da criminalidade, como se fossem categorias sinonímicas.

Necessário apontar também que o discurso midiático dissimula a lucratividade na exploração da violência e do temor coletivo, lançando mão, para tanto, de uma postura de intolerância contra a criminalidade, calcada na ficção de um passado no qual havia tranquilidade, e que, portanto, deve servir de modelo para a sociedade que se busca no presente e futuro. Há uma construção de uma narrativa nostálgica de tempos de tranquilidade que funcionam como argumento na simulada reprovação da violência.

Nesse sentido, a ideia de conflito social é tida como uma mera contingência que não é primordial, ao menos quando comparada às verdadeiras razões, segundo a mídia, que aumentaram a violência (equivocadamente enxergada como sinônimo de criminalidade), quais sejam, o laxismo penal e a falta de uma cultura de paz. Nesse sentido, os meios de comunicação clamam, em consonância com a população, por leis mais severas, e também promovem – concomitantemente e numa calculada esquizofrenia, apenas aparente, uma vez que intencional – passeatas com pessoas vestido de branco, cujo mote é o “basta à violência”.

Tais soluções são notadamente irrisórias e evidentemente inefetivas. Justamente por tal inefetividade, ações do gênero são fomentadas pela mídia, já que assim, ela se mostra atuante e alinhada aos anseios populares, sem que haja, com esta postura, uma verdadeira modificação nos índices de violência ou dissipação do temor coletivo, o que seria prejudicial aos interesses midiáticos. Assim, a mídia clama por paz mas sugere medidas violentas para tanto e, mais além, explora à exaustão e lucra enormemente com o tema “criminalidade”, conferindo a ele um espaço de protagonismo exorbitante. Nilo BATISTA, acerca da dissimulação da mídia, aponta que:

A posição estratégica da questão criminal na mídia está muito distante da suposição ingênua – ainda que não necessariamente falsa – de que o sangue sempre aumenta as vendas. O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a “ética da paz”) e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de “utopias urbanas retrógradas”). O maior ganho tático de tal discurso está em poder exercer-se como discurso de lei e ordem com sabor “politicamente

correto”³³¹.

BAUMAN afirma, por seu turno, que “a expressão ‘lei e ordem’, hoje reduzida a uma promessa de segurança pessoal, transformou-se num argumento categórico de venda (também no sentido político em que a moeda é o voto), talvez o mais decisivo nos projetos políticos e nas campanhas eleitorais.”³³² De fato, se não o mais decisivo, ao menos um argumento vital e consensual no que concerne à realidade dos países ocidentais em desenvolvimento, com destaque para a América Latina.

De fato, o Direito penal – com sua temática voltada à criminalidade, por conseguinte, à violência – é excessivamente abordado pelos veículos de comunicação, usualmente e infelizmente, de forma equivocada (com frequência, intencionalmente), seja em virtude de simplificações ou mesmo na sua atribuição midiática de instrumento de vingança e/ou solução para a violência.

A particular insistência no tema da criminalidade, revela uma espécie de fetichismo³³³, já que o olhar se lança continuamente, quase que obsessivamente, sobre um objeto específico, dentre tantos outros que compõem a realidade. Isto resulta muito provavelmente da atração que a violência (reduzida a violência penalmente relevante) desperta na coletividade, o que acaba pondo de soslaio o foco sobre outros assuntos vitais para o bom funcionamento da sociedade, sendo que vários destes assuntos são muito mais aptos do que o Direito penal para a tarefa de contenção da violência como um todo e até mesmo dos índices de violência criminal.

Nesse diapasão, Alessandro BARATTA já havia chegado a uma constatação semelhante à que foi aqui atingida: “a criminalidade ocupa um lugar desproporcionalmente alto na percepção do público, desviando a atenção sobre problemas estruturais dos quais também deriva a criminalidade. Por exemplo, a distribuição da riqueza e a marginalização social.”³³⁴

³³¹ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, nº 12, ano 7, julho-dezembro de 2002, p. 278.

³³² BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 55.

³³³ SAFATLE, Vladimir Pinheiro. *Fetichismo*. Colonizar o outro. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

³³⁴ BARATTA, Alessandro. Transcrição de conferência. In: *Mídia & Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, p. 21.

5.2 - “Verdade”, “neutralidade” e “imparcialidade”

Cabe aqui um breve excursus sobre estes três temas com o fito de desconstruir o discurso da mídia, cujos efeitos são irradiados sobre a utilização que é dada ao Direito penal.

O produto veiculado pela mídia, e denominado “notícia” seria o resultado de um *efeito de espelho* da realidade, cujo discurso resgata a crença na noção positivista do observador neutro em relação ao objeto. Entretanto, tomando-se rigorosamente a ideia de construção social da realidade, não é difícil perceber que os agentes do campo jornalístico são e tomam parte nesse processo, o que inviabiliza a “objetividade jornalística” como justificativa de uma pretensa “neutralidade”.³³⁵

Assim, a notícia não veicula a realidade, porém auxilia na sua construção como um fenômeno social compartilhado, uma vez que no processo de descrever um acontecimento, a notícia lhe define e dá forma”³³⁶ (o fato apreendido pela mídia, perde sua neutralidade, tornando-se uma representação que, ao ser apreendida pelo público, será novamente representada, na medida em que se interpreta a notícia, que é um simulacro da realidade).

A objetividade plena, entendida como a ausência total de valoração de determinado objeto, parece ser uma ficção, visto que as mais apaixonadas tentativas de utilização de uma linguagem neutra, denotam uma intenção de imparcialidade que se reveste de uma série de razões.

FOUCAULT, ao aproximar o saber do poder, é paradigmático, uma vez que a busca do discurso neutro e objetivo, possivelmente esconde atrás de si uma necessidade de validação de alguma forma de poder que permeia determinado enunciado pretensamente livre de conteúdos axiológicos. Nesse sentido, a verdade é uma construção forjada em relações de poder.³³⁷

³³⁵ “É impossível pensar a questão da liberdade de imprensa hoje ignorando: que o modelo idealista-liberal da informação ‘neutra’, ‘objetiva’, secundada pela opinião não funciona em sociedades de consumo, nas quais os proprietários dos meios de comunicação necessitam de uma informação ‘adequada’ à subsequente opinião.” In: BATISTA, Nilo. Transcrição de conferência. In: *Mídia & Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, p. 99.

³³⁶ TUCHMAN, Gaye. *La producción de la noticia*: Estudio sobre la construcción de la realidad. Barcelona: G. Gili, 1983. pp. 197-198.

³³⁷ Para FOUCALT, a verdade “é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção

O processo de busca lexical da neutralidade é permeado de valorações. Isso sem falar em diversas variáveis que denotam, intrinsicamente, determinados significados: características que vão desde o *layout* da impressão de determinada notícia, o espaço ou tempo destinado a ela, em que caderno de um jornal ou em que bloco de um telejornal ela é veiculada, dentre outras tantas formas de subjetivar a pretensa informação.

Muito além de uma mera aliteração, a afirmação de que “a imprensa não informa, forma opinião” parece aplicável até às mais inocentes notícias que se resumem ao clássico “quem, o quê, quando, onde, porquê”. Fácil observar, portanto, que a opinião pública é, basicamente, a opinião publicada. A rigor, mesmo a expressão “formador de opinião”, destinada a alguns indivíduos, como âncoras ou articulistas, é equivocada, haja vista que toda notícia é formadora de opinião e de certa forma subjetiva, sendo que a única diferença é que esses indivíduos expressam suas opiniões de uma maneira menos velada. Portanto, ao menos, implicitamente, a notícia que supostamente é elaborada buscando neutralidade, também forma opinião.

Nota-se, assim, um plano simbólico na informação midiática: a notícia que é veiculada com suposta imparcialidade, guarda em seu âmago, significados latentes, manipulados com maior ou menor intencionalidade e que dependem de uma interpretação simbólica. A escolha da notícia é um processo valorativo. Se aprioristicamente se seleciona o que será veiculado, não é mais possível se falar em neutralidade, por mais que a linguagem utilizada evite denotar juízos de valor.

A ausência de um conteúdo manifestamente axiológico na notícia, nada mais é do que um subterfúgio técnico cuidadosamente lapidado ao longo da história da imprensa. Um exemplo disso é a redação de notícias com o uso de um vocabulário que evita adjetivos e advérbios, o que demonstraria que o fato noticiado foi apresentado de maneira imparcial. Isso se justifica em virtude da noção difundida pelos veículos de imprensa de que a imparcialidade caminha a par e passo com a credibilidade. Esta última constitui um capital fundamental ao jornalismo, pois está ligada a confiança do leitor/ouvinte/espectador e, por conseguinte, a fidelidade e assiduidade com que esses indivíduos consumirão o conteúdo publicado.

econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de controle social.” FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. pp. 12-13.

5.3 - A influência midiática no “Direito penal simbólico”

Por outro lado, mais além do véu de imparcialidade e neutralidade, nota-se com clareza a desinibida união de esforços políticos e midiáticos para a manipulação da vontade soberana do povo, o que denota as intrincadas relações de assujeitamento entre o campo político, a sociedade e a mídia.

Todavia e sob distinto prisma, outra união, contida no binômio mídia/opinião pública, talvez seja justamente a real representante do poder que autoriza a pena, muitas vezes com matizes de vingança institucionalizada, empreendida pelo Estado, que lança mão do Direito penal para dar cabo de tal tarefa.³³⁸ Nota-se então, que paralelamente e concomitantemente, a mídia atua com dois atores que se condicionam mutuamente, quais sejam, a sociedade e os legisladores.

Fato é que, se em uma democracia o legislador tem que observar minimamente os anseios da opinião pública e publicada, compreende-se a ausência de resistência de alguns políticos em realizarem o desejo da sociedade por maior rigorismo penal, este que tem a influência da mídia, como potencializadora desse processo. No limite³³⁹, o legislador oportunista que se utiliza de expedientes como a legislação simbólica, pode afirmar cinicamente que está apenas cumprindo ordens, ouvindo a voz do povo e assegurando sua manutenção no cargo eletivo ao observar tais anseios populares, manipulados e evidenciados pela imprensa.

Vislumbra-se, então, da somatória desses dois binômios (sociedade/mídia, legislador/mídia) uma tríade na qual se sustenta a criação de legislações penais simbólicas³⁴⁰, que é composta pelo legislador, sociedade e mídia (esta última como ponte que liga os dois primeiros elementos da tríade, seja como catalisadora dos anseios sociais ou como

³³⁸ CONTRERA, Maria Segura. *Mídia e pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Fapesp, 2002, p. 99.

³³⁹ Em uma postura histriônica que já foi adotada por políticos em discursos que começam com frases como “A sociedade precisa de uma resposta frente à criminalidade...” ou coisa que o valha.

³⁴⁰ Ressalta-se o termo “legislações”, referente especificamente à elaboração de normas de cunho simbólico. A ideia de “direito penal simbólico” parece ir além da mera legislação, sendo detectável, por exemplo, em práticas do Poder Judiciário.

instrumento político utilizado pelo legislador para incutir determinadas crenças na população).

Embora o “Direito penal simbólico” se escore nessa tríade, não parece ser possível estabelecer em qual desses três núcleos deu-se a origem do processo de elaboração de normas penais simbólicas. Contudo, essa investigação acerca da gênese do fenômeno não parece possuir qualquer importância, sendo que, muito provavelmente, essa indagação acerca da origem do “Direito penal simbólico” nem possua sentido.

Prescindível, portanto, conhecer de onde adveio a chama inicial do “Direito penal simbólico” pois não parece haver nesse dado, qualquer utilidade para a compreensão do fenômeno em seu atual estágio e, sobretudo, para se elaborar formas de saneamento dessa utilização deturpada do Direito penal. Isso porque os mecanismos que permitem o implemento do “Direito penal simbólico” já estão de tal forma integrados que a prática adquiriu um comportamento repetitivo, sob forma de reações em cadeia que culminam na elaboração da normas penais simbólicas ou na adoção de práticas simbólicas ligada ao Direito penal.

Importante, portanto, destacar o funcionamento dessas cadeias que se perpetuam ao longo do tempo e não tentar verificar qual o início delas, já que a causalidade de um fenômeno disperso como o “Direito penal simbólico” – composto por ações complexas que envolvem a interação de diversos comportamentos – não parece ter uma origem inequivocamente definida. Como dito, ainda que tivesse, em nada serviria para compreender ou sanear o “Direito penal simbólico”, pois trata-se de um fenômeno disperso, pressupondo portanto, uma pluralidade de ações semelhantes.

De fato, o que se demonstra fundamental é a tentativa de estabelecer como atuam as forças que influenciam o “Direito penal simbólico”. Destarte, necessário esboçar a mencionada cadeia que fundamenta o processo do uso deturpado de símbolos no Direito penal, destacando-se, neste momento, o papel vital da mídia para a perpetuação dessa prática.

Em um esquema perfunctório, zelando mais pela didática do que pela total precisão, pode-se construir uma trajetória que evidencia um processo repetitivo que culmina com o “Direito penal simbólico”. Cabe advertir que se trata de um exemplo que não exaure outras possibilidades de expressão desse fenômeno. Uma vez que o processo se repete no tempo, é necessário extrair um excerto dele que contemple o desenvolvimento completo das etapas que ensejam o uso distorcido dos símbolos no Direito penal. Dessa forma, sinteticamente, demonstrar-se-á o papel fundamental da mídia no que concerne ao “Direito penal simbólico”.

Inicialmente, pode-se tomar como ponto de partida o conhecimento do comportamento do público, por parte dos veículos de imprensa, que foi adquirido ao longo da história por meio da experiência de reportar fatos e analisar a reação pública. Esse movimento de análise da recepção do fato pelo público é o que há de mais fundamental no exercício da mídia e dele se extrai a apurada de técnica de levar à coletividade a matéria correta, da forma correta. Ou seja, os veículos de comunicação desenvolveram um senso muito apurado no que concerne ao tipo de notícia que chamará atenção do público, bem como a forma de exposição adequada para a potencialização desse efeito instigante sobre a população.

Essa preocupação com o acerto na notícia veiculada advém do fato de que a informação tornou-se um bem simbólico, monetarizado e comercializado de forma semelhante a qualquer outro produto, ou seja, a veiculação da informação está condicionada à leis mercadológicas. Como já foi dito, que grande parte da mídia é um negócio com fins lucrativos, é algo notório, sendo necessário, no entanto, extrair as consequências que decorrem disso, sobretudo, em razões de recorte temático, as peculiaridades atinentes ao Direito penal.

Vender a notícia ou qualquer produto midiático é uma imperiosidade da qual decorre a criteriosa escolha das pautas jornalísticas e de toda temática que envolve os veículos de comunicação. BORDIEU aponta que “a produção jornalística é comandada pela estrutura do mercado e as condições de recepção antecipadas fazem parte das condições de produção.”³⁴¹ Nessa esteira, é discutível inclusive se a finalidade precípua da imprensa não se tornou o lucro, ao invés da informação.³⁴²

Fato é que a violência é um assunto precioso para a mídia, visto que há uma espécie de atavismo que vem à tona no ser humano, quando este é confrontado com temas violentos.³⁴³ Não à toa, a violência juntamente com o sexo³⁴⁴, são os temas primordiais na prática do

³⁴¹ BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: O que falar quer dizer*. 2ª ed. Tradução de Sérgio Micelli, São Paulo: EDUSP, 1998, p. 64.

³⁴² Acerca da mercantilização da imprensa, cf. SHECAIRA, Sergio Salomão. Mídia e crime. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 355.

³⁴³ O sucesso da temática da violência nos meios de comunicação é explicado, de acordo com a psicologia analítica, em razão do processo de identificação entre violência e nossa “sombra”, expressão cunhada por Jung para designar, em linhas muito gerais, o espaço individual da mente que conserva todos os traços indesejáveis ou intoleráveis (não necessariamente negativos) que o ser humano busca reprimir em si, mas que pode acabar sendo projetada em terceiros. Acerca do tema, cf. BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação...* cit., pp. 100-101. Cf. ainda NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulinas, 1991, p. 106 e ss.

³⁴⁴ As noções freudianas de *Eros* e *Tânatos* são ilustrativas dessa atração humana pela violência e o sexo. Vide

sensacionalismo, uma vez que atraem o público.³⁴⁵ Inegavelmente, observa-se um efeito nefasto do uso do sensacionalismo pela mídia – o que é facilmente constatável no trato conferido aos temas ligados ao Direito penal.

De fato, prescinde-se do interesse público em benefício do “interesse do público”.³⁴⁶ Nesse sentido, “Os jornais (policiais) contam histórias e refazem discursos, publicizam a imagem da dor e restauram os fatos a partir de determinadas visões de mundo. Sangue, corpos dilacerados, flagrantes espetaculares e emocionantes deixam escapar a conturbação cotidiana e tornam visível a desordem social, promotora de fortes tensões nas sociedades modernas.”³⁴⁷

Uma vez delineada a violência como uma temática que inequivocamente impressiona e, por conseguinte, vende e gera audiência, cabe esmiuçar quais as formas de violência que possuem ainda mais potencial para angariar a atenção pública. Nesse sentido, quanto mais desvalorada socialmente é a conduta, maior a curiosidade que ela suscita, em uma espécie de morbidez coletiva. A noção de “requintes de crueldade” é usualmente utilizada como indicativo de uma ação que causa *frisson* no público.

O ineditismo da conduta também é fator importante, pois aguça a curiosidade da sociedade por possuir um caráter extraordinário. Todavia, o conceito de ineditismo está mais vinculado à cobertura midiática do que à realidade³⁴⁸, já que, por exemplo, uma suposta prática penal pode até ser rotineira, todavia ganha um verniz de “originalidade” ao ser pela primeira vez abordada detidamente pela mídia.³⁴⁹

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Otávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

³⁴⁵ Expressão que designa a prática de noticiar o fato de forma superdimensionada, objetivando-se sensações, ou seja, estimula-se a emoção do leitor/expectador em detrimento da razão. É possível, por exemplo, observar essa prática em manchetes de jornais ou capas de periódicos, que são justamente os grandes chamarizes para a atração de venda das publicações. Nesse sentido, interessante notar como revistas usam capas extremamente sensacionalistas. Ilustrativamente, Cf. capas da revista “Veja”, selecionadas em CONTRERA, Maria Segura. *Mídia e Pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Fapesp, 2002, p. 93. Cabe ressaltar, finalmente, que “O sensacionalismo pode ser considerado um conceito errante, tanto por suas insuficiências, quanto por suas generalizações.” AMARAL, Márcia Franz. Sensacionalismo: um conceito errante. In: *Intexto*, Porto Alegre, v. 2, n. 13, julho/dezembro 2005, p. 4.

³⁴⁶ Acerca do tema, cf. DEWEY, John. *The Public and its problems*. Ohio: Ohio University Press, 1985.

³⁴⁷ BORGES, Rosane da Silva. *Jornalismo-verdade ou condenação sumária...* cit., p.63.

³⁴⁸ Em uma aproximação funcionalista dessa questão, LUHMANN afirma que ao se noticiar “transgressões (e transgressões apropriadamente selecionadas) como casos isolados, reforça-se, por um lado, a indignação e, assim, de forma indireta, a própria norma, e, por outro, também aquilo que se chama de ‘ignorância pluralista’, quer dizer, o desconhecimento da normalidade do desvio.” LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus. 2005, pp. 60-61.

³⁴⁹ Paradigmático, nesse sentido, o “caso Isabella Nardoni”, já que o filicídio é uma conduta muito mais usual do que a mídia, com seu tratamento do caso como *sui generis*, deixava transparecer. Vide BECHARA, Ana Elisa

Levando-se em consideração esses parâmetros, a mídia já pode cuidadosamente pinçar os fatos que terão a atenção do público.³⁵⁰ Feito isso, as notícias que mais tiverem repercussão serão exploradas à exaustão, o que já distorce a percepção da realidade pela sociedade. Isto porque dentre as inúmeras possibilidades de fatos noticiáveis, destaca-se, quantitativamente e qualitativamente, apenas um ou alguns. Há uma insistência abordagem de tais temas, o que imprime uma sensação (portanto, fundamentalmente emocional) irrazoada de importância e atualidade ao assunto. Não é difícil compreender que o mero processo de se abordar ao limite um determinado tipo de crime, incutirá na população um temor acerca dele, já que suscitará sensações como a da iminência de ser vitimado por tal conduta.³⁵¹

Há, dessa forma, uma necessária relação entre o sentimento coletivizado de insegurança e o papel da mídia, já que esta é o elo que ligará o fato à sociedade de maneira difusa. O acontecimento sem a cobertura da imprensa ficaria adstrito a um número reduzido de pessoas. Assim, por exemplo, uma chacina no sul do Brasil, só chega maciçamente ao conhecimento da população do norte do país, por meio dos veículos de comunicação.

A forma como a notícia será manipulada é essencial para o surgimento do sentimento de temor acerca da conduta. Ao menos duas maneiras de abordagem do fato podem desencadear esse processo. Uma delas é a espetacularização de um acontecimento, com uma cobertura dramática que usualmente é acompanhada por uma utilização excessiva de juízos de valor, julgamentos antecipados (em clara afronta ao princípio da presunção de inocência) e preconceitos que são compartilhados pela sociedade.

Liberatore Silva. Caso Isabella: mídia, violência e direito penal de emergência. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 186, 2008, p. 11-12.

³⁵⁰ As fases de eleição da notícia e da decisão da importância vinculada à ela – ambas posteriores à sua publicação – são necessárias para filtrar um sem fim de fatos noticiáveis, reduzindo-os a um número que permita o processo de informação do leitor/expectador. Isto se justifica em razão de que um excesso no número de notícias acabaria tendo um efeito reverso: um bloqueio das informações, que ganhariam um espaço diminuto e ficariam praticamente ocultas frente a um conjunto muito grande de fatos noticiados.

³⁵¹ “Em todo caso, à vista do que vem acontecendo nos últimos anos, é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da “sociedade da informação” e no seio de um concepção do mundo como aldeia global transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo têm uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isto dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas; e, em outras, pelos menos a uma sensação de impotência. Com mais razão, por outro lado, a reiteração e a própria atitude (dramatização, morbidez) com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicados dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não corresponde com o nível de risco objetivo. Assim, já se afirmou com razão que “os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera pública, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 38-39.

Explorar à exaustão o temor da sociedade, com uma aproximação sensacionalista do fato é um método extremamente eficaz de atrair a atenção pública. Davi ROMÃO conclui que “a obsessão temática que o jornalismo policial tem pela violência que se soma a recursos sensacionalistas, cria uma atmosfera de medo e ameaça constantes, sendo que “a mensagem insistentemente repetida pelo Jornalismo Policial é a de que nosso entorno social é extremamente perigoso”.³⁵²

Outro método mais sutil, considerado até como “neutro” em uma análise mais superficial, é apenas relatar, com uma linguagem “jornalística” e “objetiva”, determinadas práticas. Por exemplo, em um cenário simplificado: dentro de um universo de uma média de 500 crimes que chegam todo dia ao conhecimento da redação do jornal mais lido de uma determinada localidade, 10 deles são os denominados “sequestro relâmpago”.

Com esses dados, se esse hipotético jornal de grande circulação quiser despertar o temor da sociedade com relação a esta conduta, sem necessitar emitir qualquer juízo de valor, basta que ele abra espaço para que todos os 10 crimes do gênero sejam reportados, fazendo com que eles ocupem quase a totalidade do espaço do jornal destinado às “páginas policiais”. Se tal enfoque persiste por suficiente período, desencadeia-se um sentimento de pânico de vitimação do crime de “sequestro relâmpago”, não importando que antes do jornal começar a insistir nessa pauta, os índices médios de tal conduta fossem semelhantes ao período de veiculação pelo jornal.

Nota-se, portanto, que a seleção do “crime da moda”, pode ser feita artificialmente, por uma manobra midiática que atrairá a atenção do público. Tudo isso, feito com matizes de “neutralidade”, pois o jornal nada mais fez do que noticiar fatos que de fato ocorreram, com a maior objetividade possível.

Já foi afirmado que a insegurança social não advém exclusivamente do temor de ser vítima de um crime, mas sim de vários elementos, alguns sem qualquer vínculo com o Direito penal, que são conjugados de maneira homogênea na subjetividade da pessoa, ensejando esse sentimento que parece ser um traço característico da “Sociedade de risco”. Dessa forma, esse fardo de insegurança carregado pelo cidadão contemporâneo é potencializado pelo tratamento que a mídia em geral confere aos temas vinculados ao Direito penal, sobretudo no que

³⁵² ROMÃO, Davi Mamblona Marques. *Jornalismo Policial...* cit., pp. 158-159.

concerne às notícias de práticas delituosas.³⁵³

Uma vez transformado o fato – que possa provocar comoção social – em notícia, basta que se opere sobre ele de forma que dele se extraia todo o potencial de atração do interesse do público sobre ele. Desencadear o clamor social como reação eminentemente emocional a determinado fato, traz uma segunda reação: a comoção social por mudanças, ou seja, surge um anseio para que aquela realidade (percebida coletivamente) seja extinta. Essa utopia é habilmente manipulada por dois setores: pela imprensa (que lança mão de formadores de opinião: figuras como articulistas e âncoras que externalizam seus pontos de vistas, que em matéria de Direito penal, costumam ser idênticos à opinião pública); e também, em um momento posterior, por políticos que transformam as demandas populares em letra de lei, usualmente com o recrudescimento da sanção para o crime que causou clamor da população, já que o rigorismo penal é visto pelo público como solução para a criminalidade.³⁵⁴

A falácia acerca da efetividade de um Direito penal mais rigoroso, no entanto, não é desconstruída pela mídia e, ao contrário, muitas vezes é até mesmo repercutida e estimulada por comunicadores. Neste sentido, Sérgio Salomão SHECAIRA denomina os veículos de comunicação como “fábricas ideológicas condicionadoras”, as quais, “em momentos mais agudos de tensão social, não hesitam em alterar declaradamente a realidade dos fatos criando um processo permanente de indução criminalizante.”³⁵⁵

³⁵³ Ainda que a abordagem feita neste trabalho seja focada no noticiário envolvendo o Direito penal, cabe pontuar que o recorrente uso da violência na ficção também potencializa esse sentimento de insegurança, sendo que é notável como a violência é um elemento vital à dramaturgia. A busca por verossimilhança nas cenas, usualmente faz com que a realidade de determinados locais seja usada como um pano de fundo que é cuidadosamente modificado para se tornar mais interessante. Tem-se como resultado, uma obra que se passa em locações reais e utiliza elementos ficcionais ou ao menos transforma a realidade em caricatura. Basta pensar, nesse sentido, em filmes que abordam a violência no Brasil e são exibidos no exterior. Graças a eles, menos estrangeiros visitam nosso país, em virtude do argumento de que o risco de sofrer violência aqui é muito acentuado. O mesmo também se aplica ao nosso preconceito, uma vez que uma produção cinematográfica cujo mote é o conflito em determinado local do planeta, tem o poder de dissuadir eventuais visitas a estes locais. Parece inequívoco, neste sentido, que a produção de Hollywood possui mais influência do que a informação oriunda de uma agência como a Reuters.

³⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ aduz que dificilmente poder-se-á interpretar a situação de modo correto e, em consequência, fixar as bases da melhor solução possível dos problemas que suscita, se não se considerar a existência no nosso âmbito cultural de uma verdadeira demanda social por mais proteção. A partir daí, outro aspecto diz respeito à forma como a sociedade canaliza tal pretensão em termos mais ou menos irracionais como demanda de punição. Nesse sentido, provavelmente não seja demais aludir à possível responsabilidade que os formadores de opinião possam ter em tal canalização, dado o seu papel de mediadores. Como ainda convém questionar o fato de que as instituições do Estado não somente acolham tais demandas irracionais sem qualquer reflexão, em vez de introduzir elementos de racionalização nas mesmas, como ainda as realimentaram em termos populistas. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 22.

³⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o direito penal. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.45, p. 16, ago. 1996.

Os legisladores, muito em razão das pressões sociais, em grande parte encabeçadas pela imprensa, criam a ilusão sob forma de leis. Na análise de Eduardo Medeiros CAVALCANTI, estabelece-se “uma absorção simbólica das inseguranças excessivamente divulgadas pela mídia, sem respeito a qualquer lembrança do passado e a qualquer perspectiva político-criminal para o futuro.”³⁵⁶

Alicerçado na mídia, em uma espécie de relação simbiótica, descortina-se o espetáculo político da utilização do Direito penal para a manipulação da percepção social, por meio de leis simbólicas e oportunistas.³⁵⁷ Decorre daí um interessante paradoxo: tanto o corpo político quanto os veículos de comunicação, em um contexto democrático, estão submetidos à vontade soberana do povo. Todavia esta última está notadamente condicionada pelas ingerências midiáticas e decisões políticas.

Conclui-se disso, ao menos o fato de que a pretensa soberania deve ser relativizada, já que a vontade do povo está longe de ser livre, mas ao contrário, está sujeita às designações advindas das vontades de um reduzido número de indivíduos, os quais comandam setores como a mídia brasileira (extremamente oligárquica) e o corpo político (uma vez que o Brasil é uma democracia representativa).

O Direito penal parece ser um raro exemplo de campo em que se observa uma clara convergência em torno da solução para problemas: as sugestões da imprensa, os desejos da população e as decisões dos políticos contemporâneos parecem apontar em uma direção semelhante, a do Direito penal rigorista, havendo um consenso pautado no recrudescimento.

Como demonstrado, a derradeira etapa de todo processo que culmina na criação da legislação simbólica é a aprovação da lei criada em virtude das demandas sociais, advindas de uma percepção enviesada da realidade. Todavia, como também já foi dito, a dinâmica social estabelece uma continuidade nessa relação entre sociedade, mídia e legislador penal.

Assim, a consequência imediata da promulgação de uma nova lei, de cunho simbólico, é o aplacamento da irresignação social, que é substituída por um cândido sentimento coletivo de otimismo, já que há uma difundida crença no potencial dissuasório da aplicação rigorista

³⁵⁶ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*, Campinas: LZN, 2005, p. 33.

³⁵⁷ “A política como espetáculo se utiliza dos fluxos da opinião pública, condicionados pela dramatização do problema da criminalidade e pela função simbólica do direito penal. Analisando os diversos aspectos da relação entre a comunicação social e a imagem do direito penal, podemos definir a situação do cidadão urbano como o espectador de um duplo espetáculo: o da mídia e o da política.” BARATTA, Alessandro. Transcrição de conferência. In: *Mídia & Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, pp. 17-18.

do Direito penal. A reação positiva, no entanto, logo se esvai, bastando para tanto, que um novo crime gere clamor social, o que ocorre em um processo semelhante ao já esboçado, que possivelmente culminará em uma modificação oportunista da legislação penal.

Nota-se, assim, como os mecanismos de produção do “Direito penal simbólico” tendem a se perpetuar. Nesse panorama, a mídia funciona como desencadeadora da comoção social, já que leva o fato à ciência do público. Todavia, a mídia também atua como um veículo catalisador desse clamor público, pois incita a expectativa – irrazoado e eivado de *topoi* errôneos – da sociedade em relação ao Direito penal.

Nesse sentido, os meios de comunicação informam e formam a opinião pública que, notadamente se confunde com a opinião publicada. Nilo BATISTA aponta que o “*credo* criminológico da mídia tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena: antes de mais nada, creem na pena como rito sagrado de solução de conflitos”³⁵⁸. O mesmo autor aponta que o fundamento legitimante da pena é desimportante (seja, por exemplo, retribucionista ou preventivo sistêmico) mas a pena, *per si*, e, sobretudo os efeitos catárticos dela (os quais são direcionados ao público e não ao apenado) são essenciais sob a ótica da manipulação midiática do Direito penal.

Um efeito pernicioso da crença no Direito penal como panaceia da violência, é a sua utilização exacerbada. Nesse sentido, se há morte, ato contínuo, houve um assassino, necessário portanto que ele seja apenado.³⁵⁹ Este raciocínio – reduzido a uma simplista fórmula de causa e consequência – é comungado pela sociedade e fomentado pela mídia, que necessita operar como modelos simplificados da realidade, em prol da inteligibilidade dos fatos para o maior número possível de pessoas.

Concisão, clareza e simplicidade são atributos vitais à notícia. No entanto, tais adjetivos passam ao léu do Direito penal, cenário de subjetividades, dúvidas e obscuridades, no qual não há nem ao mesmo um suficiente consenso acerca de seus fundamentos

³⁵⁸ Cf. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, nº 12, ano 7, julho-dezembro de 2002.

³⁵⁹ Acerca disso, Nilo BATISTA expõe: “A equação penal – se houve delito, tem que haver pena – a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida, privada ou pública. A primeira consequência da fé na equação penal é conduzir a certos hábitos mentais que recordam aquela inversão da violação *tabu*, descrita por tantos antropólogos: se a desgraça sobreveio, é certo que houve infração. Os temporais natalinos de 2001, com um saldo trágico de dezenas de mortos no estado do Rio de Janeiro, imprimiram a seguinte manchete: ‘Ministério Público busca responsáveis pelas mortes’ (*O Globo*, 28.dez.01, p. 11). Se houve mortes, é certo que houve homicídio; do resto se encarregará uma muito mal digerida teoria da omissão.” BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, nº 12, ano 7, julho-dezembro de 2002, p. 274.

legitimadores. O reducionismo empregado na mediatização do Direito penal acaba favorecendo lugares-comuns que usualmente se adequam ao rigorismo.

A crítica ao reducionismo não leva, no entanto, a conclusão de que o Direito penal deve ser restrito a iniciados e especialistas. Há que se simplificar ao máximo a linguagem jurídica, pois seu conteúdo praticamente indecifrável ao leigo, não deixa de ser uma forma de violência simbólica, transmutada na perpetuação do conhecimento de um determinado código a um grupo selecionado de indivíduos, apenas os que fazem parte do campo jurídico, para se utilizar a terminologia de BORDIEU.

No entanto, a dinâmica do Direito penal analisada em um contexto qualquer, já é extremamente complexa, mesmo em um enfoque eminentemente criminológico, que não se atenha a institutos e termos da intrincada dogmática que estrutura esse ramo jurídico. Nesse sentido, a simplificação do seu conteúdo por parte da mídia pode levar a significativas imprecisões que só colaboram para a concepção enviesada do público acerca de suas finalidades e possibilidades.

Outro ponto ineludível (ainda que secundário ao cerne deste trabalho) acerca da influência da mídia sobre o Direito penal, é a ideia do *trial by media*³⁶⁰ (julgamento pela mídia, em português), ou seja, o julgamento feito pelos veículos de comunicação que se antecipa à decisão jurisdicional. Há um notável descompasso entre a dinâmica da mídia e do judiciário, o que é salutar, uma vez que as finalidades pretendidas por cada um deles é distinta, o que exige velocidades distintas de ação.

Assim, a rapidez necessária ao jornalismo, expressa na ideia da cobertura em tempo real, não se adequa ao ritmo em que um processo deve se movimentar, inerentemente mais vagaroso, em razão das fases que o compõem e também de uma questão que vai além de questões formais: quanto mais próximo, cronologicamente, ocorre um julgamento em relação ao fato que o desencadeou, maior a probabilidade de influências precipitadas e baseadas em reações emocionais, uma vez que a ponderação que sustenta uma decisão se constrói a partir do movimento dialético que ocorre dentro do processo. Antoine GARAPON conclui que o *trial by media* “reforça o efeito de verdade em detrimento da verdade; a sedução em detrimento da argumentação”³⁶¹

³⁶⁰ Sobre o tema, cf. RESTA, Giorgio. *Trial by media as a legal problem. A comparative analysis*. Nápoles: Scientifica, 2009, pp. 20-39, 177-180.

³⁶¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luísa de

Não se quer dizer com o que foi exposto no parágrafo anterior que quanto mais lento for o processo melhor será a sentença, até porque isso vai de encontro a um dos fundamentos do instituto da prescrição (uma certa celeridade na decisão é um direito do réu, o qual não pode ficar em uma situação de dúvida acerca da decisão judicial por tempo indeterminado), mas sobretudo porque ao contrário do dito popular, a justiça tardia é falha. Portanto, a vagarosidade nos andamentos dos processos brasileiros está longe de ser razoável, mas o panorama oposto, de julgamentos súbitos que acompanhassem a celeridade jornalística, também estariam tanto quanto ou até mais distantes do razoável.

Assim, por mais que um juiz respeite todo o procedimento previsto em lei e logre êxito em alcançar uma decisão satisfatoriamente racional, este magistrado terá de lidar com a reação orquestrada da opinião pública e mídia, caso sua decisão vá de encontro ao veredicto dado pela imprensa (oriundo de um julgamento informal, inquisitório e sumaríssimo).

Nesse diapasão, surge um panorama da ordem do bizarro: membros do judiciário são julgados e criticados por julgarem tecnicamente casos em que a mídia já tenha promovido e fomentado, em detrimento da presunção de inocência, um linchamento simbólico sobre o réu, que mesmo que venha ser absolvido posteriormente pela Justiça, poderá ter sofrido estigmas irrecuperáveis a sua imagem, honra e dignidade.

6 - O “DIREITO PENAL SIMBÓLICO”

Na tentativa de construção do conceito que intitula este capítulo, buscou-se evidenciar ao longo deste trabalho que o significado mais genérico de símbolo, em seu sentido de forma representacional, é demasiadamente perfunctório para se compreender o sentido de símbolo na expressão “Direito penal simbólico”.

Tampouco parece suficiente e acertado, como já foi exposto, lançar mão de categorizações do símbolo extrínsecas ao Direito. Isto não implica que todos esses conceitos serão desconsiderados, mas apenas que serão utilizados como suporte na elaboração de um conceito de símbolo, cujo significado esteja adstrito apenas ao seu sentido na expressão “Direito penal simbólico”.

Cabe ainda apontar que até mesmo os conceitos de símbolo dentro do Direito em geral, ou ainda mais especificamente nos limites do Direito penal, não conseguem traduzir a noção de “Direito penal simbólico” em sua inteireza e notável peculiaridade. Não à toa, insistiu-se na dicotomia entre simbolismo e “Direito penal simbólico” expressando uma relação, respectivamente, de continente e conteúdo. A pecha de “simbólico” é um manifesto juízo de reprovação acerca da política criminal que tem sido cada vez mais observada em diversas legislações. Essa denominação crítica busca denunciar o avanço de um Direito Penal que não se coaduna à função de proteção de bens jurídicos.³⁶²

Como dito, empreendeu-se, no início do trabalho, a construção das definições de símbolo e suas implicações em distintas áreas do conhecimento, deixando em suspenso a noção de símbolo dentro da expressão “Direito penal simbólico”. De fato, impreciso seria o empréstimo de alguma noção já delineada, tampouco a construção de uma espécie de pastiche que conjugasse diversos conceitos, em um emaranhado que dificilmente estaria apto a definir o “Direito penal simbólico”.

Conclui-se, desta forma, que a noção de símbolo dentro da referida expressão, possui

³⁶² Nesse mesmo sentido: “O Direito Penal simbólico – como manifestação da ‘politização’ de sua juridicidade – resulta tanto da dissolução do rigor conceitual e sistemático do núcleo da normatividade jurídico-criminal quanto do afrouxamento de sua relação com o mundo empírico.” In: MOURA, Bruno. *Legítima defesa simbólica? Ao mesmo tempo, sobre a valência da lógica dos lugares inversos*. In: Revista Liberdades. nº 10: Maio-Agosto de 2012. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/125-ARTIGO#_f31> Acesso: 29/11/2012.

um caráter peculiar, que só pode ser definido e esmiuçado por uma lente calibrada sob a ótica do Direito penal, de tal forma que todo o arcabouço conceitual apresentado acerca do símbolo só poderá servir como sustentáculo da definição que será intentada. Nesse escopo, portanto, não serão relegados – como ocorre com frequência em construções do Direito que são demasiadamente dogmáticas – saberes como a Psicologia, Ciência Política, dentre outros, os quais são fundamentais à elaboração de qualquer categoria concernente ao Direito Penal, pois este jamais pode ser visto como uma construção asséptica, positivada sobre o terreno do dever-ser.

Já se afirmou aqui que o conceito de símbolo é notadamente polissêmico, dilatado em um patamar que dificulta ao extremo sua compreensão sistêmica, apta a abarcar a pluralidade de seus sentidos. A essa intrincada amálgama de significados, acrescenta-se uma concepção especialmente peculiar de símbolo, qual seja aquela que se refere à partícula “simbólico” presente na expressão “Direito penal simbólico”.

Conforme será adiante desvelado, salta aos olhos uma hipótese – salutar, se analisada exclusivamente sob a ótica da semântica – de renomeação da expressão “Direito penal simbólico” para substituir a menção à noção de “símbolo” por outra expressão mais específica, tamanha é a idiossincrasia do sentido empregado na expressão, quando cotejada com tantas outras definições do termo “símbolo” ou “simbólico” (este último, entendido aqui como “aquilo que faz referência ao símbolo”).

De fato, não há qualquer contradição entre o que se entende por símbolo no “Direito penal simbólico”, em relação a conceitos empregados em outros campos de conhecimento. Todavia, não é porque os significados não são antônimos que eles serão sinônimos. Assim, a mera ausência de antinomia não pode ser suficiente para a ampliação do significado de um conceito.

É necessária uma relação, ainda que frágil, entre a expansão do sentido e o próprio sentido anterior a este processo de inflação semântica.³⁶³ Assim, quanto mais tênue for a ligação entre o sentido original do termo e sua ampliação, maior será o aumento da extensão semântica do termo, o que contribui para o processo polissêmico da palavra. Isto é evidente ao se estabelecer o sentido de símbolo no que concerne ao “Direito penal simbólico”. Utiliza-se, para tanto, fragmentos muito dispersos e limitados dos sentidos dados à noção de símbolo.

³⁶³ Há exceções a essa afirmativa, como os casos de palavras homófonas ou homógrafas que não guardam qualquer proximidade semântica.

Dessa forma, o significado de símbolo para o “Direito penal simbólico” pouco lembra àqueles referentes, por exemplo, à filosofia, teoria da linguagem ou psicologia.

No entanto, há que se mitigar a precisão terminológica e até mesmo um pernicioso efeito polissêmico em prol da instrumentalidade da expressão “Direito penal simbólico”. Isto porque ela é utilizada de forma maciça dentro do universo do Direito penal, ainda que inexista um suficiente consenso acerca dos limites de seu significado.

Assim, em detrimento do preciosismo linguístico – que possivelmente levaria à necessária criação de um neologismo para substituir uma expressão já sedimentada – parece muito mais oportuno burilar o conceito de “Direito penal simbólico” de modo que ele se adeque ao fenômeno ao qual se reporta. Só se estabelecendo contornos suficientes e bem delineados do que é o “Direito penal simbólico”, será possível uma aproximação crítica que esteja apta a apresentar soluções para essa notável e perniciosa tendência do Direito penal contemporâneo.

A advertência acerca da peculiaridade da noção do símbolo no “Direito penal simbólico” justifica o cuidado de se estabelecer uma metodologia bem definida no estabelecimento do conceito dessa expressão. Nesse sentido, é necessário empreender uma detecção dos fragmentos dos sentidos já existentes de símbolo em outros saberes, analisando se tais sentidos são aplicáveis à definição do que é o “simbólico” no “Direito penal simbólico”.

Todavia, seria incongruente segmentar em partículas tal expressão, pois essa aproximação mecanicista extirparia todo conteúdo peculiar da noção de simbólico empregada no conceito de “Direito penal simbólico”. Não se trata, portanto, de um simples exercício de escolher uma definição de Direito penal e uma definição de simbólico, conjugá-las e, por fim, sintetizar um conceito de “Direito penal simbólico”.³⁶⁴

A tarefa é muito mais complexa, já que demanda extrair a noção de símbolo dentro do terreno do Direito penal, não em sua perspectiva dogmática, mas sim especificamente em face de um fenômeno observado de forma homogênea, mas insuficiente – em termos conceituais – pelos penalistas. Assim, nem mesmo uma noção geral de símbolo dentro do Direito penal seria bastante, já que se demonstrou que o Direito penal é permeado por simbolismos, sendo

³⁶⁴ Se assim o fosse, a questão teria sido resolvida por uma mera somatória dedutiva de um dos vários conceitos de símbolo, descortinados no subcapítulo “1.4 - O símbolo: definições em distintas áreas do saber”, mais o conceito de Direito penal, apresentado no capítulo “3.3 – O simbolismo penal”.

que o “Direito penal simbólico” é apenas uma fração deturpada que opera por meio de símbolos específicos, cujas particularidades devem ser evidenciadas e devidamente seccionadas como parcela do que se denomina no presente trabalho de “Simbolismo”, este que é aqui compreendido como o conjunto de manifestações simbólicas no Direito penal, sejam elas intrínsecas, contingentes, benéficas ou maléficas ao Direito penal e suas finalidades.³⁶⁵

Em suma, parece só ser possível construir uma definição precisa do “Direito penal simbólico” de forma sistêmica, levando em consideração tal fenômeno – sobretudo, mas não só, legislativo – sob a ótica do Direito penal, que não possui, *per si*, uma definição específica de “símbolo”. É justamente por tal razão que o início desse trabalho elencou um rol de definições do termo. Todas elas advêm de áreas que são fundamentais na construção do Direito penal, dentre elas a Filosofia, a Sociologia, a Ciência Política e a Psicologia. É inadmissível que se construa um pensamento penal puramente dogmático, que prescindisse e outros saberes fundamentais para fazer com que a positivação de normas tangencie a realidade.

Assim, há total relevância, sob o prisma do Direito penal, no substrato conceitual extrapenal que fornecerá os subsídios para definir o que é símbolo dentro do “Direito penal simbólico”. Os limites objetivos da pertinência do conceito serão justamente aqueles ligados à realidade, já que o “Direito penal simbólico” advém do plano fático, como fenômeno observado pelos estudiosos do Direito penal.

Ainda no plano da justificação metodológica, cabe finalizar apontando que uma derradeira preocupação é necessária: por mais que os conceitos de “Direito penal simbólico” possivelmente possuam equívocos semânticos (advindos possivelmente da má utilização da

³⁶⁵ Winfried HASSEMER aponta que todas as normas penais, mesmo aquelas que buscam ser exclusivamente efetivas, possuem um intrínseco conteúdo simbólico, o que impossibilitaria que o conceito de “Direito penal simbólico” fosse totalmente criticável. Buscando justamente evitar tal confusão, estabeleceu-se neste trabalho a dicotomia entre “simbolismo” e “Direito penal simbólico”. Nesse sentido, as normas penais que perseguem exclusivamente seus fins manifestos são intrinsecamente dotadas de aspectos de “simbolismo”, mas não de traços do “Direito penal simbólico”. Senão vejamos como o raciocínio de HASSEMER pode implicar em severas dificuldades, relacionadas ao mau uso e ao uso necessário de símbolos, quando vistos dentro de uma mesma categoria: “(...) também as normas ditadas para serem efetivas perseguem fins simbólicos, o conceito não pode amparar uma total reprovação. A partir de que momento a mistura de componentes instrumentais e simbólicos torna-se prejudicial é uma questão que não pode precisar-se apenas a partir dos traços do Direito penal simbólico. Sem embargo, este momento deveria ser determinável, já que a denominação de ‘leis simbólicas’ ou ‘Direito penal simbólico’ não é somente um conceito analítico inócuo, mas também uma designação normativa combativa, que expressa não só a descrição, mas também a crítica.” In: HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 28.

noção de símbolo) ou mesmo sejam insuficientes, não se busca aqui uma destruição das definições existentes e uma criação de um novo conceito, em uma espécie de método conceitual de terra arrasada.

Evitar-se-á isto por duas razões: a primeira, em sentido fraco, diz respeito à demasiada pretensão que seria intrínseca a esse procedimento, decorrente do ato de negar quase que aprioristicamente, sem uma detida e evidenciada análise, os méritos e acertos das definições apresentadas até então.

A segunda e mais forte razão concerne a uma eventual dificuldade semântica que poderia decorrer de uma definição totalmente destacada das demais, já que aquela eventualmente seria de tal forma distinta das demais que nem ao mesmo haveria razão de se denominá-la de “Direito penal simbólico”, tal qual as outras. Ou seja, incorrer-se-ia no mesmo problema que já foi apontado anteriormente: assim como a noção de símbolo no “Direito penal simbólico” quase não pode ser colocada na mesma categoria que tantas outras definições em diversas áreas do saber, ocorreria algo semelhante com uma definição de “Direito penal simbólico” apartada de todas as demais, já que apesar de se referir à mesma expressão, esta definição inédita poderia ser totalmente distinta de todo o restante das definições da doutrina, as quais guardam certa homogeneidade na conceituação do tema.

Destarte, a seguir se iniciará o intento de definir o “Direito penal simbólico”, tomando-se em consideração, de forma sistêmica: I - o fenômeno extraído do plano fático, como o paradigma precípua na construção do conceito; II - as definições de símbolo extrínsecas, mas correlatas ao Direito penal, obtidas a partir de outros campos de conhecimento; III - os conceitos da expressão “Direito penal simbólico” já produzidos pela doutrina, analisados sob um prisma crítico, mas que serão utilizados em seus aspectos pertinentes, evitando-se uma total desconstrução desse acervo conceitual.

6.1 - Ponto de partida conceitual

Como já apontado, o “Direito penal simbólico” é um fenômeno notado como um traço insistente das políticas criminais contemporâneas do Ocidente. Sua perpetuação ocorre na

realidade de distintos ordenamentos e até mesmo em diferentes sistemas de Direito³⁶⁶. Em virtude da ampla disseminação do que se concebe como “Direito penal simbólico”, torna-se imperiosa uma análise do contexto no qual a massificação de práticas semelhantes saltou aos olhos dos penalistas e mereceu uma denominação específica. Essa análise do panorama histórico será apresentada neste trabalho justamente após a tentativa de estabelecimento de um conceito suficiente de “Direito penal simbólico”, que seja apto a permitir a aproximação crítica e eventual sugestões para o saneamento desse fenômeno pernicioso ao Direito penal.

O posterior exame mais detido do contexto do “Direito penal simbólico” não exige a necessidade de já situar tal fenômeno – ainda que de forma absolutamente básica – dentro de seu cenário de existência. Para tal propósito, pode-se remeter à análise de Bruno MOURA³⁶⁷, segundo a qual “a recente e contínua expansão do âmbito de cobertura da juridicidade criminal no seio das sociedades contemporâneas conduziu ao chamado Direito Penal simbólico.” O autor observa ainda que “desde o final dos anos 80 do século passado, este conceito ganhou uma ampla divulgação nas ciências jurídico-penais – especialmente na política criminal.”

Há uma acurácia cronológica nas menções doutrinárias acerca da origem do “Direito penal simbólico”, muito embora não haja uma inequívoca precisão de quando decididamente ele surgiu, até porque não se trata de um evento único, mas sim de uma pluralidade de fatos assemelhados dentro de um espaço de tempo razoavelmente definido – meados da segunda metade do Século XX – na história do Direito penal.³⁶⁸ O mesmo argumento que prejudica a definição de uma data de origem do “Direito penal simbólico” também se aplica à possibilidade de pontuar o seu local de surgimento. Limitar-se-á, nesse momento, a localizá-lo como um fenômeno notavelmente disseminado pelos Estados ocidentais.

Se não há consenso acerca do “quando” e “onde”, tampouco – por uma inequívoca questão lógica, já que algo indefinido não pode ser localizado em um ponto no espaço-tempo

³⁶⁶ Observam-se práticas eminentemente simbólicas nos Direitos penais de países que adotam o Civil Law e também, por exemplo, nos Estados Unidos, cujo sistema é de Common Law. Possivelmente, a política criminal deste país na segunda metade do Século XX foi decisiva para a disseminação do “Direito penal simbólico”. Nesse sentido, cf. o subcapítulo “4.3.4 - O movimento *Law and order*”.

³⁶⁷ MOURA, Bruno. Legítima defesa simbólica? Ao mesmo tempo, sobre a valência da lógica dos lugares inversos. In: *Revista Liberdades*. nº 10: Maio-Agosto de 2012. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/125-ARTIGO#_f31> Acesso: 29/11/2012.

³⁶⁸ Diversos autores, como HASSEMER e SILVA SÁNCHEZ apontam para o “Direito penal simbólico” como um fenômeno da contemporaneidade. O último autor afirma: “O Direito penal simbólico é uma característica de nosso tempo.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 484.

– também não há no que diz respeito ao “o quê”.³⁶⁹ Existe, nesse escopo, um raso denominador comum compartilhado pela doutrina. Nesse sentido, o que parece ser ponto pacífico é o “predomínio que se produz no Direito penal, de efeitos simbólicos sobre os efeitos instrumentais.”³⁷⁰

6.1.1 - O Direito penal entre o instrumental e o simbólico

O ponto de partida conceitual é, portanto, a premissa do predomínio dos efeitos simbólicos sobre os instrumentais como o traço mais básico do “Direito penal simbólico”. Todavia, mesmo nesse nível primário de atribuição de significado já surgem dificuldades, quais sejam, as noções e distinções entre “efeitos simbólicos” e “efeitos instrumentais”.³⁷¹ Cabe lembrar que as funções simbólica e instrumental não são excludentes dentro da realidade. O que afirmativamente há são preponderâncias que variam entre si.³⁷²

Neste momento, oportuno rememorar sinteticamente que os efeitos simbólicos possuem um significado latente, que ultrapassa o significado manifesto. O discurso simbólico é conotativo, já que ele acresce sentido ao já existente significado imediato e literal, podendo inclusive superá-lo em termos de relevância para o receptor da mensagem. Por meio do discurso simbólico, um conteúdo valorativo é incutido, apto a produzir reações emocionais ou representações mentais, as quais podem ter posteriores efeitos instrumentais

³⁶⁹ Winfried HASSEMER pondera que “o próprio termo não tem sido objeto de estudo pela doutrina: não se encontrou um conceito preciso e apto de “simbólico” ou “legislação simbólica”. Existe um acordo global a respeito da direção na qual se busca o fenômeno do Direito simbólico: trata-se de uma oposição entre ‘realidade’ e ‘aparência’, entre ‘manifesto’ e ‘latente’.” In: HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 26.

³⁷⁰ Díez RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. nº 11, ano VII, Lima, 2002.

³⁷¹ A dicotomia e, concomitantemente, simbiose, entre as funções instrumentais e simbólicas do Direito já eram observadas por Durkheim, que apontava a dimensão social do simbolismo, relacionando a função instrumental do Direito a uma função simbólica, entendida por ele como uma estrutura de duplo significado, que sobrepõe o sentido literal. Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995, p. 10. Cf também, nesse sentido, o subcapítulo “1.5 - a dicotomia entre instrumental e simbólico” e o subcapítulo “1.5.2 – Referenciais simbólicos e instrumentais”.

³⁷² Vide NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 23.

Por seu turno, a instrumentalidade – por conseguinte, os efeitos instrumentais – está vinculada à ideia de efetividade³⁷³, em seu sentido de capacidade de modificação fática. Os efeitos instrumentais ocorrem em uma relação meio-fim, na qual estes efeitos (de transformação da realidade) só adquirem possibilidade de existência a partir da utilização de um meio composto por uma ou mais ações direcionadas a alcançar esse fim específico. Exemplificando-se: o efeito instrumental de uma norma consonante com a função do Direito penal é que a conduta vedada ocorra menos, não importando nesse exemplo qual foi o meio pelo qual a norma conseguiu tal feito. Assim, não é necessário que a conduta não mais ocorra, uma vez que sob o prisma da modificação fática, a diminuição da ocorrência por meio da proibição já é uma inequívoca mudança da realidade, ainda que possa se tratar de uma modificação ineficiente (frise-se que não inefetiva), o que é avaliado por critérios valorativos de custo-benefício.

Imperioso, portanto, para a caracterização da instrumentalidade da norma, que ela possua os meios necessários para atingir a finalidade a que se propõe, que deve ser relacionada à função do Direito penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, caracterizados como interesses fundamentais à convivência social e desenvolvimento individual do cidadão.

Tal afirmação pode criar uma confusão entre os termos analisados. Isso porque (em um exemplo pouquíssimo plausível) uma norma sem qualquer meio fático de implementação pode ser considerada instrumental, bastando para tanto que seu mero comando (preceito primário) sem qualquer sanção, seja observado, decorrendo disso uma mudança na realidade³⁷⁴. Assim, a instrumentalidade da norma reside em sua efetividade, não importando

³⁷³ TERRADILLOS BASOCO aponta que “se a eficácia instrumental do Direito penal reside na sua aptidão para prevenir a realização de certos comportamentos, a simbólica residiria na sua aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorativas ou desvalorativas.” TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995, p. 10. De forma semelhante, aduz SILVA SÁNCHEZ que o desempenho de “funções simbólicas” não é algo específico das leis penais, senão comum a todas as leis, ao menos nos tempos modernos. Em efeito, se pode assinalar que as leis podem ter, por um lado, uma “função instrumental”, isto é, influir mediante mandados e proibições eficazes e mediante a aplicação real das consequências jurídicas de sua infração sobre o comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado: modificar a realidade. Contudo, além dessa função da transformação da situação de partida, e o que é pior, no lugar dela, as leis podem desempenhar, por outro lado, uma função meramente simbólica, que tem lugar não na realidade exterior (visto que não se aplicam), senão na mente dos políticos e eleitores. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 482.

³⁷⁴ Cabe apontar que uma mudança, *per se*, não é suficiente para caracterizar a efetividade da norma. É necessária uma modificação na realidade que coadune com a finalidade daquela norma, ou seja, a mudança deve ser correta (o que demonstra que a efetividade está ligada a um critério de modificação condicionado a uma finalidade estabelecida). Assim se uma norma consegue trazer modificações fáticas, todavia distintas de seu

quais os meios com os quais tal efetividade foi alcançada, sendo que apenas a norma em si pode ser um meio para se atingir a finalidade almejada. Ou seja, se a própria prescrição normativa é um meio apto a alcançar a função da norma, não há que se reportar à eventual ausência de instrumentalidade de uma norma em virtude de sua carência de meios. A carência instrumental deriva, portanto, da impropriedade dos meios, quaisquer que sejam eles, para alcançar a função perseguida.

A análise da instrumentalidade da norma por si mesma, que nem ao mesmo possuía uma sanção, é válida, já que se trata de uma hipótese possível. Contudo, é também irreal, pois se afasta completamente do que se observa na prática, uma vez que mesmo com meios fáticos (como a prisão) de implemento da ameaça prevista na sanção e seu correspondente potencial dissuasório, as normas penais não logram satisfatório êxito na proteção dos bens jurídicos.

Afirmou-se aqui – apenas hipoteticamente já que isso não tem sido observado na realidade – que a norma pode ser instrumental mesmo sem qualquer meio para tanto, além da própria letra da lei. Como consequência desse potencial instrumental *lato*³⁷⁵ – ainda permanecendo no plano abstrato das possibilidades – também pode se conceber que uma norma eminentemente simbólica possua totais condições de atingir a função manifestamente perseguida, qual seja a proteção de um bem jurídico. Apesar de pouco provável, tal possibilidade é logicamente verificável.

Todavia, cabe indagar se foram realmente os efeitos simbólicos responsáveis pela consecução da função manifesta. Isto implica perquirir – como derivação da primeira questão – se a função manifesta da norma está sempre ligada ao seu caráter instrumental,³⁷⁶ ou seja, se o que é buscado pela norma pode ser alcançado por um meio extrínseco à instrumentalidade atribuída a ela. Anteriormente, faz-se necessário ainda resolver uma dúvida preliminar a todas as outras: há um meio extrínseco à instrumentalidade (no sentido de ameaça ou aplicação da sanção) de uma norma?

Enfrentando as questões numa ordem oposta às proposições, a respeito dessa última, a

objetivo, não há que se falar em efetividade.

³⁷⁵ No sentido de que qualquer meio é apto a instrumentalizar a norma, ou seja, torná-la capaz de atingir sua função manifesta.

³⁷⁶ Adianta-se que essa questão é de extrema pertinência em virtude de duas dicotomias corriqueiramente esboçadas pela doutrina, ao se ocupar do “Direito penal simbólico”. Por um lado há a oposição entre “instrumental” e “simbólico”; por outro o antagonismo entre “manifesto” e “latente”. Imperioso investigar se a noção de instrumental está exclusivamente ligada ao sentido manifesto e, por seu turno, se o que é simbólico alude necessariamente apenas ao que está “latente”.

resposta parece ser negativa. Isto porque, como já foi dito, a instrumentalidade reside na capacidade de uma norma atingir sua função, seja por meios ortodoxos (no sentido de manifestamente previstos) ou heterodoxos (caso se considere que efeitos simbólicos podem atingir a função buscada instrumentalmente, o que será examinado a seguir). Assim, o efeito instrumental da norma foi atingido caso tenha se alcançado a função à qual ela se propunha, independente do meio para tanto. Obviamente, esse meio tem de ser interno à norma, uma vez que não se pode chamar de instrumental uma norma que opera em uma realidade que foi modificada, mas por razões totalmente alheias a ela.

Outra indagação concerne à possibilidade dos efeitos simbólicos de uma norma serem responsáveis pela consecução da função manifesta, questão que poderia ser pensada a partir de uma exótica, mas plausível hipótese na qual uma norma predominantemente simbólica alcança a proteção de bens jurídicos. Ao centrar a pergunta para o escopo do Direito penal, há que se ter em mente que a norma incriminadora traz em seu bojo uma sanção, esta que é o meio instrumental patente de se atingir a função de proteção dos bens jurídicos, já que a pena supostamente inibiria a prática da conduta tipificada.

Uma norma pode possuir um considerável sentido simbólico intrínseco a ela, que ultrapassa seu significado literal. Seu potencial simbólico estaria vinculado ao significado dela para sociedade, ou seja, como ela seria interpretada pelos cidadãos.

Sob esse raciocínio, seria concebível que um aumento da pena em um tipo penal fosse capaz de apaziguar o clamor social e atender os cidadãos atemorizados pela violência do crime em questão, fazendo-os ter uma percepção deturpada da realidade, caso não houvesse qualquer mudança nos índices de criminalidade. Nota-se que a modificação mediante o efeito simbólico foi da percepção da realidade. Todavia, por outro lado, se fosse constatada uma diminuição da prática do suposto crime em virtude dessa mesma norma, seria por causa da ameaça intrínseca a ela³⁷⁷, advinda do aumento da sanção.³⁷⁸

³⁷⁷ A dissuasão já é intrínseca ao plano instrumental da norma penal, independente dela ser eminentemente simbólica. Insiste-se, nesse diapasão, que seu conteúdo simbólico terá efeito sobre a percepção da realidade, portanto não imediatamente sobre a realidade em si.

³⁷⁸ Essa última hipótese não tem sido verificada na realidade, já que o maior rigor da pena historicamente mostrou-se e continua mostrando-se ineficaz na tarefa de diminuição da criminalidade, conforme apontam diversos estudos criminológicos. Cf. EIDE, Erling. *Economics of crime: deterrence and the rational offender*. Oslo: North-Holland, 1994, pp. 117-118.; GRASMICK, Harold G.; BRYJAK, George J. The deterrent effect of perceived severity of Punishment, In: *Social Forces*, nº 59. Chapel Hill: University of North Carolina, pp. 471 e ss.; WIKSTRÖM, Per-Olof H. Do people comply with the law because they fear getting caught? In: *European Journal of Criminology* September, nº 8. Cambridge: University of Cambridge, 2011, pp. 401-420.

O que se quer afirmar aqui é que os efeitos simbólicos de uma norma penal não parecem ter potencial dissuasório. Portanto, a efetiva proteção de um determinado bem jurídico por meio de uma norma penal advém de seus efeitos instrumentais, por mais incipientes que eles sejam (como no caso da mera proibição sem sanção).

Poder-se-ia pensar, buscando refutar a assertiva anterior, em um legislador que busque reafirmar um valor moral clamado socialmente, por meio de uma norma penal. Caso ela diminuísse a suposta prática imoral (por exemplo, o incesto, que foi tema julgado na Suprema Corte da Alemanha), seria em virtude de sua própria instrumentalidade, que prevê uma sanção para a conduta (o que seria um excepcional caso de efetivo poder dissuasório da norma penal).

Por outro lado, a prática tida como imoral poderia decrescer em virtude do próprio status de crime conferido a ela. Nesse sentido, a penalização da conduta já traz consigo, além de uma proibição implícita, um desvalor acerca do fato, já que contra ele é utilizada a forma mais ríspida de controle social, justamente o Direito penal.³⁷⁹

O componente de desvalor da conduta é simbolizado por sua previsão na legislação penal, em outras palavras, por ser um crime. Não se trata, no entanto, de um caso de “Direito penal simbólico”, mas sim de uma manifestação do simbolismo inato ao Direito penal, já que a tipificação de uma conduta implica, ato contínuo, que ela é indesejada dentro daquela sociedade. Tal conclusão, que realmente é acessada mediante um raciocínio simbólico, pode possuir um efeito desestimulador em um suposto agente, o que implica um efeito instrumental daquela norma. No entanto, insiste-se, o efeito instrumental adveio de um traço simbólico característico do Direito penal, mas não em virtude de alguma manifestação de “Direito penal simbólico” naquela norma.³⁸⁰

Ao que parece, só de forma muito mediata pode ser possível conceber os efeitos simbólicos como capazes de diminuir a violência. Isso ocorreria, por exemplo, em uma situação em que uma modificação normativa (como o aumento da pena de homicídio)

³⁷⁹ A incipiente plausibilidade dessa hipótese será abordada no subcapítulo “7.2.1.1 - O Direito penal promocional”.

³⁸⁰ Isso não implica que não existam normas penais com traços de “Direito penal simbólico” que se alicercem em fundamentos morais. Contudo, antes mesmo de uma análise dos aspectos simbólicos de uma norma manifestamente moral, o repúdio à utilização meramente moralizante do Direito penal pode ser empreendido por meio da análise do bem jurídico como critério limitador da penalização.

incutisse a impressão nos cidadãos de que a pena prevista seria suficiente³⁸¹.

Essa percepção social de atingimento da Justiça pelo mero ato de aumento da pena em abstrato poderia desestimular, por exemplo, atos de linchamento³⁸², sob a lógica – que estaria calcada na irreal certeza de uma posterior punição penal do criminoso – de que a pena prevista para o homicida era adequada, não parecendo necessária ao público, uma pena extrajudicial. Nestes termos, o efeito simbólico teria um efeito dissuasório apenas indireto, com base na satisfação institucionalizada do desejo por “justiçamento” que perpassa a sociedade.

Considerando que a possibilidade de alcance da função manifesta da norma por meio de seus efeitos simbólicos é demasiadamente mediata e excessivamente excepcional, é razoável afirmar, sobretudo analisando o que ocorre na realidade, que as finalidades manifestas da norma estão sobremaneira ligadas ao seu caráter instrumental – de forma quase absoluta – o que permite generalizar, em uma extrapolação que confirma o necessário vínculo entre a realização da função manifesta da norma e sua instrumentalidade.

6.1.2 - A intencionalidade dos efeitos simbólicos

Aproveitando o ensejo da análise dos efeitos simbólicos e instrumentais da norma (especificamente penal), é interessante lançar luz sobre uma afirmação de José Luis DÍEZ RIPOLLÉS que tangencia essa temática: “Se uma intervenção penal produz efeitos que previnem comportamentos lesivos de bens jurídicos, ela não poderá ser desqualificada como ‘simbólica’ por mais que esse efeito produzido não tenha sido querido ou previsto.”³⁸³

³⁸¹ Nesse sentido ocorreria uma confiança no ordenamento por meio do apaziguamento dos sentimentos coletivos de insegurança e também de vingança. Tal cenário é bastante inverossímil, já que o rigor da pena tende a parecer sempre insuficiente aos olhos da população, que, em geral, possui um rol bastante extenso de crimes que, segundo os cidadãos, deveriam ser penalizados com prisão perpétua ou pena capital.

³⁸² Há uma relação muito próxima entre os linchamentos e o descrédito da população em relação às instituições de justiça. Nesse sentido, cf. SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiçadores e sua justiça: linchamento, costume e conflito*. Dissertação de mestrado em Ciências Sociais. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, pp. 93-94. Assim, por exemplo, é plausível que ocorreriam mais linchamentos de estupradores, se a pena máxima para tal crime fosse de 6 meses de prisão, em relação a um panorama em que houvesse previsão de pena de morte para o estupro.

³⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 569.

Acerca do excerto acima, inicialmente cabe se ater às expressões “querido” e “previsto”. Tratando-se de “Direito penal simbólico”, observa-se que o padrão da prevalência nos efeitos simbólicos e a irrelevância conferida aos efeitos instrumentais advêm da incredulidade acerca das possibilidades da norma atingir a finalidade por ela manifestamente buscada. Apenas secundariamente pode-se considerar que o efeito instrumental não é desejado. Nesse sentido, é possível pensar na hipótese de que um legislador corrupto crie uma norma justamente contra o crime que ele pratique habitualmente. Nesse caso, é plausível que ele não deseje que sua criação tenha efetividade.

No entanto, no geral, parece que não há uma oposição à efetividade da norma, já que, se de fato ela conseguir atingir seu propósito manifesto, tanto melhor, desde que isso surta efeito na percepção da população. Assim, para o legislador oportunista, melhor uma norma inefetiva que pareça efetiva do que uma norma efetiva que seja vista pela população como inefetiva, já que a (im)popularidade da norma pode, por exemplo, influenciar positiva ou negativamente sobre o capital político daquele legislador e, por conseguinte, ter efeitos prejudiciais em uma eventual eleição. Portanto, em síntese, usualmente o propositor não se opõe à efetividade da norma, mas apenas não crê nessa possibilidade.

Sob outro prisma – ainda na análise da afirmação de DÍEZ RIPOLLÉS – a intervenção penal, com sua sanção correspondente, necessariamente possui um efeito dissuasório, voltado à prevenção de comportamentos lesivos a bens jurídicos. Isso é um traço manifesto da norma; por conseguinte, sua efetividade – em termos instrumentais – não a exime de possuir significados latentes voltados à percepção social. Todavia, estes significados latentes não serão os responsáveis pelos efeitos de prevenção dos comportamentos lesivos.

O que é possível ocorrer é um panorama no qual uma norma intencionalmente simbólica acaba modificando a realidade (sendo, portanto, efetiva) no patamar da percepção da sociedade acerca da sua capacidade de modificação da realidade. Nesse caso, não há como apontar um uso pernicioso dos efeitos simbólicos nessa norma, por conseguinte, inexistem nela os traços característicos do “Direito penal simbólico”.³⁸⁴

É crucial observar que a conclusão de DÍEZ RIPOLLÉS incorre em um problema: sua

³⁸⁴ Importante frisar, acerca dessa hipótese, que a modificação da realidade tem que se adequar minimamente à expectativa por ela criada. Uma incipiente diminuição de determinado crime após a promulgação de uma norma não é suficiente para que ela seja considerada como eminentemente instrumental, caso ela tenha incutido na opinião pública a ideia de que teria efeitos consideravelmente superiores. Nessa situação, ela poderia ainda ser considerada pertencente ao “Direito penal simbólico”, se seus efeitos simbólicos superassem essa ínfima efetividade instrumental dela derivada.

afirmação busca invalidar o que é observado na realidade como tendência por meio de uma hipótese (a instrumentalidade de uma norma intencionalmente simbólica) que é muito marginal à conformação do fenômeno. O referido autor utiliza um argumento extraído do campo da possibilidade para refutar o que se constata empiricamente. Sob o ponto de vista estritamente lógico, a conclusão do jurista espanhol é irrefutável, já que de fato é possível que uma lei manifestamente simbólica consiga alcançar efeitos instrumentais.

Mas analisando o problema sob o prisma de sua real ocorrência, nota-se que há, no contexto fático, uma inequívoca e disseminada prática de sobrepor os efeitos simbólicos aos efeitos instrumentais de normas e outras formas de atos correlatos ao Direito penal. Tomando por base o que se observa na realidade, é incontestável que o “Direito penal simbólico” não perde seu status ontológico em razão de uma hipótese isolada, na qual uma norma atinge sua finalidade instrumental, mesmo sendo manifestamente simbólica.

Se uma norma enganosa, eminentemente simbólica, atingiu a finalidade instrumental manifesta, não foi por meio do engano, e este, por sua vez, não invalida o alcance da finalidade manifestamente pretendida que é a razão de ser da norma. Simplesmente, tal situação não se adequa ao conceito de “Direito penal simbólico”³⁸⁵, sem qualquer prejuízo em seus traços característicos, os quais serão pormenorizados ao longo deste capítulo.

Contudo, o que já fica claro pelo que foi exposto, é que o critério do significado latente sobrepujando o manifesto continua válido, dada a inverossimilhança do argumento da norma calcada no engano, ou seja, em efeitos simbólicos, mas que mesmo assim consegue efeitos instrumentais.

Normas intencionalmente simbólicas podem até ser instrumentais, mas aí entra a análise da dinâmica social na aferição da utilidade da norma, que se baseia mais em juízos de plausibilidade do que de possibilidade. Historicamente o aumento das penas nunca se demonstrou como um fator dissuasório. Assim, por exemplo, logo após um crime que gere comoção é proposto um aumento no *quantum* da sanção de um determinado tipo. É possível que essa modificação tenha um efeito intimidatório? Sim. É plausível que tenha tal efeito? Não, ao menos de acordo com o que pesquisas criminológicas têm apontado ao longo da história.

³⁸⁵ Haveria aí um possível equívoco na conceituação de tal norma como simbólica, o que denota a falibilidade dos próprios critérios delineadores do fenômeno. Todavia, a falibilidade não é apenas normal, como inafastável à teorização de fenômenos pelas Humanidades.

Fundamental que a utilização do Direito penal ocorra mediante um exercício de conveniência a partir do contexto empírico de sua aplicação, que analise o impacto de uma eventual norma sobre a dinâmica social. Insistir no mesmo erro, indo contra o que a história demonstra³⁸⁶, atesta uma inaceitável ignorância ou uma intolerável má-fé. O uso do “Direito penal simbólico” está proeminentemente assentado na segunda possibilidade.

Diversas menções, ainda que superficiais, foram feitas anteriormente à expressão “percepção da realidade”. Esta possui fundamental importância na construção do conceito de “Direito penal simbólico”, já que o plano da percepção é justamente o cenário no qual os efeitos simbólicos se propagam. O “Direito penal simbólico” esconde, sob seu sentido manifesto, uma intenção subliminar de ação sobre a percepção da população.³⁸⁷ Trata-se, portanto, de uma intencionalidade que não está explícita na norma, sentença, procedimento ou qualquer ação³⁸⁸ que esteja inserida dentro do universo penal.

Importante rememorar³⁸⁹ que esta percepção da sociedade acerca da criminalidade não resulta de conteúdos objetivos, como índices que medem a variação de determinados delitos. Ela está eminentemente calcada em aspectos subjetivos, visto que se relaciona a um critério de insegurança, que não possui uma gradação objetiva. Mais do que isso, a insegurança coletiva não advém exclusivamente das formas de violência que são tipificadas pelo Direito penal. Assim, a legislação simbólica manipula uma sensação que nem ao mesmo está ligada estritamente ao Direito penal.

6.1.3 - Sobre as funções latentes e manifestas

O “Direito penal simbólico” encontra-se no sentido latente de uma ação qualquer,

³⁸⁶ De acordo com ORTEGA Y GASSET: “o importante é a memória dos erros, que permite que não os cometamos novamente.” ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Prólogo para franceses. Barcelona: Orbis, 1983, p. 32.

³⁸⁷ Em termos kantianos, o “Direito penal simbólico” funciona como uma miragem da própria percepção da realidade. Trata-se de uma ilusão da ilusão do “númeno”. Tal constatação demonstra como as criações deontológicas (em termos de elaboração normativa) podem ser construídas de forma extremamente etérea, calcadas na percepção da apreensão da realidade, campo de atuação das práticas simbólicas no Direito penal.

³⁸⁸ Demonstrar-se-á, mais à frente, que o “Direito penal simbólico” não é um problema exclusivo à produção normativa, apesar do maciço destaque dado a esse aspecto, por parte da doutrina do “Direito penal simbólico” dentro do plano normativo.

³⁸⁹ Cf. o Subcapítulo “4.1 - Um aparte sobre os riscos”.

obviamente ligada ao Direito penal e que necessariamente possua um receptor (sociedade) apto a captar o conteúdo simbólico implícito. Há, portanto, uma expectativa do emissor (o legislador que elabora uma norma, o juiz que profere uma sentença, o policial que atua arbitrariamente sob o olhar da imprensa, etc.) de que sua ação seja interpretada em seu conteúdo latente, ou seja, no significado simbólico que exorbita a compreensão “literal” existente naquele ato³⁹⁰. Trata-se, assim, de um signo qualquer que carrega em si possibilidades de interpretação de sentidos não manifestos que podem ser acessados pelo receptor mediante o reconhecimento de um significado compartilhado socialmente no que se comunicou³⁹¹.

Segundo Winfried HASSEMER, “simbólico em sentido crítico”³⁹² é um Direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas: do qual pode esperar-se que se realizem por meio da norma e sua aplicação objetivos diversos dos descritos na própria norma.”³⁹³ Funções latentes são aquelas que só são acessadas mediante uma interpretação que vá além da literalidade do signo, que supere seu sentido denotativo. Tais funções se realizam a partir de uma interpretação simbólica. Não à toa, é justamente na latência de um signo (norma, decisão, ação, etc.) que o “Direito penal simbólico” se insinua. Por seu turno, as funções manifestas estão ligadas à formulação expressa do signo, seu sentido mais característico, acessado na literalidade de seu significado, tangenciando ao máximo possível a objetividade semântica, já que não há em suas funções manifestas um amplo espaço de discricionariedade para o intérprete do signo, ou seja, seu receptor. A palavra “função” estabelece o desígnio de um signo (uma norma penal, por exemplo), o qual deve “funcionar” tomando por base o que nele está expresso objetivamente, por conseguinte, manifestamente.

Nunca é demais ressaltar que o conteúdo simbólico do Direito penal não é necessariamente negativo. A deturpação de parte do simbolismo no Direito penal, convertida em “Direito penal simbólico”, é oriunda da exacerbação dos elementos simbólicos intrínsecos ou extrínsecos ao Direito penal.

³⁹⁰ Marcelo NEVES afirma, nesse sentido, que “na legislação simbólica o significado latente prevalece sobre o seu significado manifesto.” Cf. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 22.

³⁹¹ A noção de comunicação utilizada aqui possui um sentido amplo, designando o efeito no receptor, de qualquer ação dotada de significado.

³⁹² Cabe lembrar que HASSEMER não faz uma dicotomia entre “Direito penal simbólico” e “simbolismo no Direito penal”, ou qualquer outra distinção que o valha. Nesse sentido, ele aponta com razão que nem tudo que é simbólico no Direito penal é negativo. Dessa forma, o “Direito penal simbólico” representa um aspecto criticável do montante simbólico correspondente ao Direito penal.

³⁹³ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 29.

Coadunando com a ressalva feita no início do parágrafo, Ana Elisa BECHARA pondera acerca do conteúdo simbólico penal e sua relação com o descompasso entre as funções manifestas e latentes do Direito penal. Para a autora:

É uma característica do sistema penal: certa discrepância entre realidade e aparência, ou, em sentido específico, entre a busca efetiva e manifesta da proteção social e a comunicação latente, por meio da norma, dos valores estabelecidos pelo Estado. Assim, o direito penal é, por natureza, um instrumento de controle social formal com carga simbólica, na medida em que suas disposições não somente buscam impedir e reprimir delitos concretos como também incidir na consciência jurídica geral, reforçando os valores sociais reputados fundamentais, o que não pode ser valorado, por si, negativamente.³⁹⁴

Um possível critério deslegitimador de certos usos simbólicos no Direito penal reside justamente na oposição entre funções latentes e manifestas, nas hipóteses em que haja prevalência da primeira função. Nesse sentido, “o caráter simbólico do direito penal torna-se, porém, criticável quando as funções latentes buscadas predominam sobre as manifestas, vale dizer, quando as normas não desempenham efeitos concretos de proteção.”³⁹⁵ Inegavelmente, o excesso simbólico – em detrimento da efetividade – não condiz com os fundamentos do Direito penal. Todavia, a própria noção de excesso já é problemática, por ser demasiadamente etérea. Nesse sentido, a atribuição do status de “Direito penal simbólico” a, por exemplo, uma norma, necessariamente passará pela constatação de que há nela um predomínio de efeitos latentes, os quais só poderão ser verificados mediante critérios que consigam ser minimamente objetivos em detectar traços característicos desse excesso simbólico.

Há uma metáfora privilegiada na caracterização da dinâmica das funções manifestas e latentes do Direito penal. A função simbólica (latente) deve funcionar de forma consonante à função manifesta (instrumental), havendo uma harmonização característica do contraponto, como técnica de composição musical.

³⁹⁴ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 45. Em sentido semelhante, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., 2002.

³⁹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 45.

O contraponto, na música, é caracterizado por duas ou mais vozes melódicas, sendo que a melodia secundária deve se desenvolver em observância à melodia principal, não se falando em uma relação de oposição, tampouco de subserviência, mas sim de simbiose. O mesmo deve ocorrer com os sentidos latentes de uma norma que, metaforicamente, terá sua instrumentalidade como “voz primária”, a qual seria tomada por referência no desenvolvimento da voz “secundária”, que são seus efeitos expressivos (simbólicos em um sentido positivo, com um efeito comunicacional salutar e legítimo).

Ainda quanto à distinção entre manifesto e latente, os efeitos concretos de proteção parecem estar exclusivamente vinculados ao sentido manifesto da norma, que reúne os meios necessários à instrumentalização da efetividade da norma. Celso de Barros CORREIA NETO aduz que as leis simbólicas desempenham “funções sociais latentes ou secundárias opostas ao seu sentido manifesto, isto é, à permissão, à proibição ou à obrigação que veiculam.”³⁹⁶ O autor conclui então que “por esse motivo, não se pode dizê-las pura e simplesmente ineficazes. Produzem, sim, efeitos sociais, mas não aquele que decorreria do cumprimento exato das suas prescrições.”³⁹⁷

De fato, não há que se falar em ineficácia das normas simbólicas, mas sim de inefetividade, pela ausência dos efeitos concretos de proteção. Isto porque a norma mostra-se eficaz em cumprir os efeitos latentes (simbólicos) almejados com ela, sem demonstrar a mesma eficácia em relação aos efeitos manifestos, já que se ela fosse eficaz nesse ponto, ela necessariamente seria efetiva. A norma pode ser parcialmente eficaz (no aspecto simbólico) e, concomitantemente, totalmente inefetiva em cumprir sua função manifesta de modificação da realidade, por meio da tutela de bens jurídicos. Em síntese, quanto maior a eficácia na consecução de seus aspectos de “Direito penal simbólico”, maior tenderá a ser sua inefetividade.

Um ponto fundamental na relação comunicativa de cunho simbólico reside na questão acerca da imprescindibilidade da intenção do emissor. Nesse sentido, não há dúvidas que se a noção de “Direito penal simbólico” estiver calcada no ato deliberado de enganar, a intencionalidade é um pressuposto inafastável. Todavia, o engano atinente ao “Direito penal simbólico” parece estar centrado na interpretação da realidade pelo receptor do significado

³⁹⁶ CORREIA NETO, Celso de Barros. *Direito Ambiental Simbólico?* In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 53, São Paulo, 2009, p. 133.

³⁹⁷ *Ibid.*

simbólico. Isto porque, conforme já foi afirmado, as esperanças depositadas, por exemplo, sobre uma norma, recaem sobre sua instrumentalidade³⁹⁸, ou seja, na expectativa de sua efetividade, no sentido de mudança positiva de um determinado cenário. No “Direito penal simbólico”, crê-se, portanto, na efetividade de uma norma inefetiva, que assim o é porque não possui meios de ser instrumentalizada, visto que é eminentemente simbólica.

Esse engodo direcionado à percepção não é necessariamente deliberado por quem deu gênese a essa manifestação simbólica. É plausível conceber um legislador ingênuo e despreparado, que crê na falácia da efetividade do rigorismo penal e crie uma norma que ele considere apta a atingir sua função manifesta. A “boa intenção” do legislador gera um efeito sobre a percepção da sociedade, enviesando a realidade e, dessa forma, causando um engano, ainda que sem a intenção de enganar. Assim, metaforizando com uma terminologia jurídico-penal, o “Direito penal simbólico” pode ser criado dolosamente (com a intenção de enganar) ou culposamente (em razão da imperícia de quem utiliza o Direito penal lastreado em expectativas que ele não pode cumprir).

6.2 – Elementos básicos do “direito penal simbólico”

Mencionou-se, até o momento, que o “Direito penal simbólico” opera em prejuízo da instrumentalidade de uma norma³⁹⁹, sendo que seus efeitos simbólicos ocorrem sobre a percepção da realidade, enviesando-a por meio de um engano (deliberado ou não) que assegura a expectativa social sobre a efetividade daquela norma, sem que ela possua condições instrumentais de agir na realidade. Este sintético sumário não tem qualquer pretensão conceitual, mas apenas serve para evidenciar pontos centrais à concepção do “Direito penal simbólico” que já formam abordados.

³⁹⁸ A instrumentalidade é pontuada em um sentido amplo, relacionando a eficácia das finalidades legítimas da pena e também das finalidades extrapenais. Assim, ilustrativamente, o recrudescimento de uma norma pode representar para a sociedade o alcance da Justiça, a diminuição da violência, o aumento da segurança, a vingança merecida, dentre outras finalidades discutíveis, sendo que nenhuma delas de fato é atingida pelo mero aumento da cominação da pena.

³⁹⁹ A menção frequentemente feita neste trabalho acerca do “Direito penal simbólico” em uma determinada “norma” não implica que a questão seja unicamente normativa. Na realidade, a utilização de norma é apenas exemplificativa (embora o “Direito penal simbólico” seja eminentemente um problema legislativo, que acaba reverberando na aplicação, ou falta de, da norma), poder-se-ia substituir a expressão por qualquer outra forma apta a ter traços de “Direito penal simbólico”.

Diante do que foi sintetizado, pode-se iniciar uma análise crítica dessas noções fundamentais ao conceito de “Direito penal simbólico”. Para tanto, é interessante criar um exemplo modelar do fenômeno, ou seja, um caso que reúna todas as características que foram elencadas no parágrafo anterior. Será a partir desse exemplo de “Direito penal simbólico” que poderá ser desvelada a crítica a suas características.

O exemplo escolhido é o já mencionado aumento da pena para um determinado delito, em um cenário de comoção social em razão do cometimento de um crime, justamente aquele previsto no tipo penal cuja pena será majorada em abstrato.

Em tal caso, todas as características elencadas anteriormente ocorrem: o predomínio das funções latentes (simbólicas) sobre as manifestas (instrumentais); a ausência de instrumentalidade (porque não se verificam notáveis mudanças na realidade relacionada à violência contra o bem jurídico em questão); a ação simbólica da norma sobre a percepção da realidade (atendendo ao clamor popular que enxerga tal medida como apta a melhorar aquele panorama), aplacando, ainda que momentaneamente, a insegurança social; o engano, verificável justamente na contraposição do efeito da norma na realidade e da percepção social da realidade, após a promulgação da referida norma⁴⁰⁰.

6.3 - O engano sobre o engano

O componente enganoso do “Direito penal simbólico” é observado por considerável parte dos doutrinadores que já lançaram luzes sobre o tema. Há quem considere o engano um traço fundamental do fenômeno, estabelecendo relações quase sinonímicas entre engano e “Direito penal simbólico”. HASSEMER aponta que a proeminência latente sobre a manifesta é, por si, uma forma de engano. Nesse sentido, para este autor, uma das características mais básicas e consensuais acerca do “Direito penal simbólico”, que é a relação de supremacia entre latente e manifesto, não deixa de representar o aspecto enganoso, que, segundo ele, fundamenta o “Direito penal simbólico”. Senão vejamos:

⁴⁰⁰ Importante apontar que o termo “promulgação” foi usado intencionalmente, uma vez que a impressão de segurança advinda com a norma costuma ocorrer mesmo antes de sua vigência, o que demonstra o quão descolada da realidade pode ser a percepção social.

Uma predominância de funções latentes fundamenta o que aqui denomino ‘engano’ ou ‘aparência’: os fins descritos na regulação da norma são – comparativamente – distintos do que se esperavam de fato; não se pode confiar na norma tal como ela se apresenta. Finalmente esta concepção de ‘simbólico’ não se trata só do processo de aplicação das normas, senão frequentemente da formulação e publicação da norma.⁴⁰¹

BARATTA fez menção à noção de engano proposta por HASSEMER⁴⁰², ponderando que ela não se refere a uma espécie de complô político, ou seja, não é um ato deliberadamente ilusório. De acordo com o jurista italiano, o engano é “a expressão do prejuízo em que se encontra o sistema decisional público, por causa das disfunções que abarcam a estrutura política e comunicativa da sociedade.”⁴⁰³ Essa advertência feita por BARATTA permite entender o engano em um sentido ampliado e também como um traço que independe de intencionalidade por parte do legislador ou quem quer que tenha cometido algum tipo de ação que possa ser considerada de “Direito penal simbólico”.

Em outro exemplo da importância conferida ao “engano” na construção do conceito de “Direito penal simbólico”, ROXIN assevera que “no limite, busca-se o apaziguamento social, por meio da ilusão segundo a qual mediante normas previsivelmente inefetivas, está se fazendo algo em relação a determinadas ações e situações.”⁴⁰⁴ A expressão “no limite” parece indicar que em última instância, o engano (“ilusão”) é o meio mais característico do “Direito penal simbólico”, visando ao “apaziguamento social”.

⁴⁰¹ HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 29.

⁴⁰² “O Direito penal simbólico é um fenômeno da crise da política criminal atual, orientada às consequências. Um Direito penal simbólico com uma função de engano não cumpre a tarefa de uma política criminal e mina a confiança da população na Justiça.” HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 35. Adianta-se, contrariando a conclusão de HASSEMER, que não parece haver, ao menos no Brasil, uma descrença da população na Justiça, mas sim no laxismo dela. Nesse sentido a solução para a população está dentro do âmbito das leis, desde que elas sejam aplicada com mais rigor.

⁴⁰³ BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal...*, cit., p. 87. Em sentido semelhante: “Deve-se observar que, em face da “perda de realidade da legislação” em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a encenação, ‘desaparecem também os contornos entre desejo e realidade, ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis’, de tal maneira que ‘líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas’” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 40.

⁴⁰⁴ ROXIN, Claus. *Problemas actuales de Dogmática Penal*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Ara, 2004, p. 35.

Embora sobrem exemplos na doutrina em favor da noção de engano como traço inerente ao “Direito penal simbólico”, tal caracterização merece algumas ponderações e seu status de regra deve ser colocado em suspensão.

Inicialmente, é possível pensar em um legislador que pode aumentar uma pena para satisfazer o desejo de vingança da sociedade. Nesse sentido, ele pode deixar claro que não haverá maior proteção de bens jurídicos e a insegurança não terá razão para diminuir. Por outro lado, os indivíduos que caírem nas malhas do Direito penal em razão do crime cuja pena foi acrescida serão apenados com irrazoado rigor, servindo como uma espécie de “bode expiatório”. Isso possivelmente iria ao encontro dos anseios da população, por conseguinte, não haveria qualquer componente de engano em relação à percepção da realidade pela sociedade.

No entanto, o exemplo suscitado expressa a ideia de engano como equívoco, direcionado à função da norma⁴⁰⁵. Isto porque tal exemplo instrumentalizaria o Direito penal para transformá-lo em apaziguador do desejo de vingança da sociedade, em detrimento de sua função legítima.

O exemplo parece ser criticável sob o prisma do “Direito penal simbólico”, se, de fato, a função precípua do Direito penal for a proteção subsidiária de bens jurídicos, já que na distorção exemplificada o legislador coloca manifestamente como objetivo da norma uma espécie de “saciedade da demanda social”, em uma disfunção equivocada, que proporciona uma interpretação enganosa em relação à verdadeira função do Direito penal.

Portanto, essa primeira objeção não é apta a desqualificar o engano (que deve ser compreendido em um significado ampliado) como característica do “Direito penal simbólico”.⁴⁰⁶

Panorama totalmente diverso seria o do legislador que aumentasse a pena para o

⁴⁰⁵ A palavra “engano”, quando relacionada ao “Direito penal simbólico” costuma ter o significado de de “ilusão”, o que não impede que ela também signifique “equívoco”. Dentre as definições do verbete “engano”, encontra-se: “2.2 equívoco; 2.3 erro de percepção dos sentidos, devaneio, ilusão.” Cf. HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1148.

⁴⁰⁶ Cabe ressaltar que, no exemplo, o legislador não está “enganando” ninguém. Todavia, há um engano (no sentido de equívoco) no uso do Direito penal, já que ele não é, no caso, utilizado dentro de sua função manifesta legítima (proteção subsidiária de bens jurídicos), mas manifestamente usado para a função de satisfação da sociedade, por meio do uso da pena como vingança. Portanto, se “engano” também tiver o sentido de “equívoco” haveria no caso em questão um componente de engano e a norma do exemplo também pode ser considerada de “Direito penal simbólico”.

mesmo crime, todavia sem abdicar do argumento de que a modificação traria maior segurança para a população e protegeria o bem jurídico tutelado, mas sabendo que o acréscimo na pena satisfaria justamente o sentimento de vendeta que pode ser observado na sociedade. Isto porque essa função não estaria instrumentalizada, mas permaneceria em um patamar simbólico, já que instrumentalmente aquela norma ainda se prestaria à função de proteção de um determinado bem jurídico, sendo que provavelmente ela seria inefetiva em tal tarefa.

6.4 - Prestígio e efetividade

Fugindo das dicotomias que rotineiramente são elencadas ao se caracterizar “Direito penal simbólico”, Knut AMELUNG faz uma interessante contraposição de dois termos que, a princípio, não possuem nenhum antagonismo. O autor contrapõe “prestígio” e “efetividade”⁴⁰⁷, sendo que a primeira expressão é a que evidentemente se liga ao “Direito penal simbólico”.

Cabe inquirir, nesse diapasão, se todas as manifestações típicas do “Direito penal simbólico” proporcionam alguma forma de prestígio. Para tanto, necessário conceber a palavra “prestígio” em um sentido amplo, quase como sinônima de “vantagem”, uma vez que o prestígio pode se manifestar de diversas formas (capital político, fama, popularidade, credibilidade, respeito, aumento de poder, etc.), dependendo de que tipo de ação simbólica estiver em questão e como ela será recepcionada.

É justamente nesse aspecto que salta aos olhos uma indagação: se uma norma manifestamente simbólica for descoberta como tal e recepcionada negativamente (desprestigiada), não mais será possível caracterizá-la como pertencente ao “Direito penal simbólico”? Se assim o for, inevitável concluir que apenas normas de sucesso (em termos de receptividade da sociedade) podem ser consideradas simbólicas.

Assim, por mais que a intenção do legislador tenha inequivocamente sido a de atuar sobre a percepção da realidade, apenas se essa suposta norma lograsse êxito em tal objetivo

⁴⁰⁷ Cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 27. Ressalta-se o emprego de “efetividade”, em consonância com a terminologia do presente trabalho, no qual já se mencionou que tal expressão parece ser mais acertada do que “eficácia”, apesar dessa última ser utilizada com frequência pela doutrina.

ela passaria a ser simbólica. Isso implicaria uma possibilidade de crítica ao “Direito penal simbólico” que se limitasse a um momento posterior à recepção pública, o que indubitavelmente dificultaria o saneamento desse problema, já que vedar normas depois que elas são publicamente aprovadas é uma tarefa muito mais complexa do que restringi-las mediante parâmetros que limitam de antemão, no ato de sua elaboração, determinados arranjos característicos do “Direito penal simbólico”.

Necessário compreender a dicotomia entre “prestígio” e “efetividade” – sobretudo no que diz respeito ao primeiro termo – sob outro prisma. Assim, a noção de “prestígio” seria entendida como “intenção de obter prestígio”, por meio de ações que presumivelmente agradariam a opinião pública ou parte dela. Dessa forma, a dicotomia seria entre “busca de prestígio e efetividade”. Todavia, nesse cenário, seria necessário entender que o “Direito penal simbólico” é sempre intencional, o que já foi refutado anteriormente neste trabalho.

Uma terceira interpretação acerca da posição de AMELUNG, a qual parece ser a mais correta, contraporia “prestígio” e “efetividade” tomando por base o que tipicamente ocorre na realidade. Nesse sentido, por exemplo, com um grau acentuado de convicção, pode-se afirmar que o legislador que aumente a pena para um tipo penal que diga respeito a um crime que causou comoção social, muito provavelmente terá um aumento de prestígio frente à sociedade, independente de ele ter feito a mudança na extensão da sanção visando à popularidade ou simplesmente porque acreditava (ingenuamente) que o aumento da pena em abstrato poderia contribuir para diminuir ou solucionar o problema em relação àquela conduta. No entanto, é possível que, pontualmente, algumas condutas não promovam o prestígio almejado, mas nem por isso deixarão de ser simbólicas, porque se assemelham à práticas que usualmente angariam prestígio, independente da intenção ou não de seu autor.

Todavia, há ainda que se levar em consideração a hipótese na qual uma lei que indubitavelmente foi benéfica à sociedade e também acabou angariando prestígio para seu autor. Nesse caso, por que ela não é considerada negativamente simbólica? Na resposta a esta questão entra justamente o fator que contrapõe o “prestígio”, qual seja “a efetividade”, cujo sentido nesse caso não difere ao que tem sido tomado em conta ao longo desse trabalho. O déficit de efetividade, inversamente proporcional ao prestígio obtido em uma ação, é um indicativo que pode ser confiável no exame do “Direito penal simbólico”. Para atestar essa possibilidade, tornando-a certa, é necessário que toda ação que seja considerada típica do “Direito penal simbólico” produza alguma forma de satisfação no receptor que, em contrapartida responderá prestigiando o autor. Nessa relação, é imprescindível que haja, em

detrimento da vantagem obtida pelo autor, uma inefetividade no que concerne a ação em si mesma, na sua finalidade.

Assim, uma norma prestigiada e, concomitantemente, efetiva em sua função manifesta, não será simbólica. Ao contrário, será justamente um exemplo concreto do paradigma almejado, que conjuga funções expressivas decorrentes de funções instrumentais ou, em outras palavras, promove a prevenção geral positiva como consequência da prevenção geral negativa, caso se trate de um tipo penal.

Embora essa dualidade entre prestígio e efetividade não pareça ser a marca decisiva na caracterização, em um exame das diversas formas já elencadas de manifestação do “Direito penal simbólico” é possível de fato encontrar um componente de prestígio em todas elas. No entanto, a indução feita com base em poucas formas paradigmáticas de “Direito penal simbólico” é temerária, uma vez que em análises posteriores seja possível que determinados casos se encaixem fidedignamente no conceito de “Direito penal simbólico”, exceto por não existir atribuição de prestígio ao sujeito que atuou simbolicamente. Pensando nessa possibilidade, considerar-se-á, a dicotomia entre prestígio e efetividade como um critério fraco, que poderá ser suspenso conforme ele não se faça presente em casos concretos.

Em síntese, caso essa dicotomia não seja verificada em exames na legislação, jurisprudências e demais práticas penais que possam ser perniciosamente simbólicas, ela será desconsiderada, sem prejuízo do conceito de “Direito penal simbólico” estabelecido neste trabalho⁴⁰⁸.

Nesse sentido, cabe advertir que um critério que pode ser afastado não necessariamente é supérfluo, merecendo, sob o prisma da “navalha de Ockham”, ser extirpado da definição. Isto porque, se, indutivamente, após sucessivas verificações, sua aplicabilidade se mantiver intacta, será possível utilizá-lo de forma absoluta, com um status equivalente aos demais critérios basilares ao conceito. Com isso, diminuir-se-ia a generalidade conceitual, por conseguinte, haveria um incremento na precisão da definição de “Direito penal simbólico”, uma vez que mais uma variável teria quer ser considerada na atribuição da condição de “Direito penal simbólico”.

⁴⁰⁸ Tal desconsideração contingente não poderia ser aplicada a fundamentos basilares ao conceito, pois se assim o fosse, o próprio conceito não retrataria com precisão o fenômeno, o que o inutilizaria.

Assim, resta claro que um exame acerca do “Direito penal simbólico” não pode tomar por base a referência calcada na dicotomia “prestígio *versus* efetividade”, ao menos se tomado como critério básico. Em contrapartida, a onipresente existência de alguma forma de obtenção de “prestígio” nas manifestações de “Direito penal simbólico” já examinadas (em exemplos dados ao longo do trabalho) aponta para uma promissora plausibilidade da validade – obviamente refutável – do envolvimento do componente “prestígio” como uma regra do “Direito penal simbólico”. Se tomada em conjunto com outras características basilares ao conceito de “Direito penal simbólico”, a obtenção de prestígio como traço intrínseco ao conceito pode ser útil na crivagem de presença ou não do “Direito penal simbólico” em casos duvidosos.

6.5 - Modelos de “Direito penal simbólico”

Os diversos traços que podem ser levados em consideração como característicos do “Direito penal simbólico” acabam modificando a moldura do conceito, fazendo com que determinados casos práticos se adequem a um determinado modelo doutrinário, embora não se adequem a outro, ainda que ambos os modelos tentem estabelecer o que é o “Direito penal simbólico”. Importante analisar alguns desses modelos, até como moldes que servirão parâmetro à construção de um modelo de “Direito penal simbólico”, o que será intentado neste trabalho. Cabe ressaltar que a condição de parâmetro conferida a tais modelos não exime o olhar crítico do exame que será feito, mas apenas serve ao propósito de que a construção de uma nova matriz conceitual de “Direito penal simbólico” não fuja totalmente dos significados estabelecidos para a expressão, por mais que não haja um sentido inequívoco ou único a ela.

As premissas que estabelecem a categoria de “Direito penal simbólico” definem os limites de sua atribuição na realidade. Nesse sentido, interessante tomar em consideração uma síntese geral das posturas doutrinárias, feita por DÍEZ RIPOLLÉS:

Para uns o decisivo é manter a intervenção penal ainda que não sejam alcançáveis os efeitos instrumentais, pois se simula e se parte da ilusão que eles são alcançados, persistindo dessa forma a consecução dos efeitos

simbólicos. Neste enfoque passa ao primeiro plano o engano consistente em que se aparenta perseguir fins distintos dos efetivamente perseguidos ou, se se quiser, a ficção de que se cumprem funções, as manifestas, quando as que são satisfeitas são as latentes. Em qualquer caso se daria lugar ao fenômeno da dupla linguagem.

Para outros, ao contrário, o decisivo é a desnaturalização da intervenção penal que implica, dada a falta de legitimação de todos ou da maior parte dos efeitos simbólicos. Daí que centra a atenção ao protagonismo de tais efeitos simbólicos na intervenção penal.⁴⁰⁹

O autor espanhol divide inicialmente a doutrina acerca do “Direito penal simbólico” em dois grupos: o primeiro considera fundamental o componente de engano, transmutado na prevalência dos efeitos latentes sobre os manifestos; já o segundo grupo, observa a ilegitimidade de alguns efeitos simbólicos inseridos dentro do Direito penal como o fator preponderante de caracterização do fenômeno.

DÍEZ RIPOLLÉS, após apontar as posições doutrinárias hegemônicas sobre o tema, toma posição, aproximando-se do entendimento do segundo grupo mencionado:

A meu juízo, o fenômeno do Direito penal simbólico não se pode entender como um problema de desajuste entre os efeitos que se pretendem e os que se obtêm, Pois o questionamento do Direito penal simbólico não nasce da pretensão de garantir a coerência entre os programas de decisão, geralmente legislativos, e os resultados logrados, senão das dúvidas sobre a legitimidade da produção de certos efeitos ‘sócio-pessoais’. A ênfase no engano ou em uma ficção supõe, no melhor dos casos, fixar-se no adjetivo e não no substantivo.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena, cit., p. 569. Em notas de rodapé à mesma página citada, DÍEZ RIPOLLÉS enumera autores pertencentes aos dois grupos. Dentre eles, destacam-se, na linha da primeira definição, Winfried HASSEMER, Paul WOLF, Joaquín CUELLO CONTRERAS, Mercedes PÉREZ MANZANO. Dentre os partidários da segunda posição estão o próprio DÍEZ RIPOLLÉS, Juan TERRADILLOS BASOCCO, Juan BUSTOS RAMÍREZ e Dario MELOSSI.

⁴¹⁰ *Id.* Ressalva-se que se uma intervenção penal produz efeitos que previnem comportamento lesivos de bens jurídicos, não se a desqualificará como ‘simbólica’ por mais que esse efeito produzido não tenha sido querido ou previsto. Nesse sentido, vide a ponderação feita no subcapítulo “6.1.2 - A intencionalidade dos efeitos simbólicos”.

A crítica à visão de DÍEZ RIPOLLÉS acerca do “Direito penal simbólico” será feita em um subcapítulo específico, que levará em consideração o excerto anterior. Além do autor espanhol, será empreendida a análise do modelo de HASSEMER, que é partidário da noção de engano como referencial necessário ao “Direito penal simbólico”. Todavia, antes da análise desses dois autores (que sintetizam as duas grandes correntes sobre o tema) é interessante se ater a um modelo genérico de legislação⁴¹¹ simbólica, proposto por Harald KINDERMANN, cujas bases são úteis à construção de uma noção sólida e coerente de “Direito penal simbólico”.

6.5.1 - O modelo tricotômico de legislação simbólica

Harald KINDERMANN propõe uma tricotomia para a tipologia da legislação simbólica em geral, e não especificamente penal. Ele aponta que o conteúdo de uma legislação considerada simbólica pode ser dividido em três categorias, quais sejam: a confirmação de valores sociais; a demonstração da capacidade de ação do Estado; o adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.”⁴¹²

Na confirmação de valores sociais há uma exigência de tomada de posição do legislador em relação a conflitos sociais que orbitam em torno de valores colidentes. Nesse cenário o legislador sofre pressão, por exemplo, de um determinado grupo para que certos comportamentos sejam proibidos e outros permitidos, conforme os valores atinentes àquele grupo que pressionará a atividade legislativa, “satisfazendo suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo”.⁴¹³

Em segundo, há a capacidade de demonstração de força do Estado perante o cidadão.

⁴¹¹ Ressaltando que o “Direito penal simbólico” não é exclusivamente um problema legislativo, muito embora não seja incorreto afirmar que tradicionalmente ele tenha sido tratado como tal e até mesmo que o “Direito penal simbólico” seja eminentemente simbólico, o que não implica relevar sua parcela externa à legislação. Todavia, a construção teórica de KINDERMANN nem ao mesmo é direcionada ao “Direito penal simbólico”, servindo apenas como um interessante início para a construção de um modelo teórico que opere com elementos simbólicos no Direito.

⁴¹² KINDERMANN, Harald. *Symbolische Gesetzgebung*, 1988, p. 30 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 33.

⁴¹³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 33.

Nesse sentido, o expediente da “legislação-álibi” é utilizado como meio de assegurar ou recuperar a confiança da sociedade no governo. O importante não é a confirmação de valores, como na categoria anterior, mas sim de atuar sobre a confiança da comunidade. Marcelo NEVES expõe que “o legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação de tais normas.”⁴¹⁴ Por meio delas, o legislador busca descarregar-se de pressões políticas e, ato contínuo, demonstrar um compromisso com as exigências e expectativas dos cidadãos.

Tal prática alude às intervenções econômicas feitas pelos governos em cenários de crise. Muitas vezes, face ao risco financeiro, governantes se veem obrigados a tomar medidas sabidamente inefetivas, com o intuito de aplacar o mercado. No entanto, tal prática é intolerável no âmbito do Direito penal, o qual não pode ser manipulado em busca de efeitos expressivos, como reações a especulações ou demandas irrazoadas de setores da coletividade.

O efeito político das medidas advindas da “legislação-álibi” pode ser mensurado nas eleições, momento em que abundam referências aos projetos empreendidos ao longo do mandato. Nesse sentido, quanto mais popular for a medida (por exemplo, uma norma penal) maior será o capital político que tenderá a se converter em votos. Acerca disso, observa Marcelo NEVES que “é secundário, então, se a lei surtiu os efeitos socialmente “desejados”, principalmente porque o período da legislatura é muito curto para que se comprove o sucesso das leis então aprovadas.”⁴¹⁵

Um ponto fundamental acerca da “legislação-álibi” é que ela não apenas carece de efetividade, deixando irresoluto o problema a que se propôs a tratar. Além disso, ela também prejudica a possibilidade de que novas ações, possivelmente efetivas sejam tomadas, visto que ela já preenche o espaço de solução para aquela questão e permanece de tal forma até que se conclua que ela é inapta.

Por fim, resta a legislação como fórmula de compromisso dilatório, a legislação simbólica funciona como paliativo, fazendo com que se ganhe tempo na execução de uma medida efetiva de solução do conflito social. É possível também que ela funcione como paliativo que camufla a intenção do político de não resolver a questão, postergando-a, limitando-se a ações anódinas inaptas a solucionar o problema.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 37.

Dessas três formas elementares de legislação simbólica parecem derivar todas as demais formas existentes de operação deturpada de elementos simbólicos no Direito, inclusive no que concerne ao “Direito penal simbólico”. Estabelecidos, portanto, os fundamentos atinentes à legislação simbólica (que compõe boa parte do “Direito penal simbólico”), pode-se proceder na análise de duas concepções paradigmáticas do fenômeno, as quais desvelam um rol taxativo de formas de expressão do “Direito penal simbólico”. As diferenças notáveis entre elas, que serão esmiuçadas posteriormente, decorrem justamente das premissas que caracterizam o tema, sendo que tais divergências são notadas nos catálogos de formas simbólicas no Direito penal apresentado por HASSEMER em relação aquele apresentado por DÍEZ RIPOLLÉS.

6.5.2 - O rol de formas de “Direito penal simbólico” de Winfried Hassemer

Em um artigo denominado “Derecho penal simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, Winfried HASSEMER conceitua “Direito penal simbólico” a partir da oposição entre efeitos manifestos e latentes.⁴¹⁶ O jurista alemão assevera que “o Direito penal simbólico se dá de diversas formas: Direito penal que está menos orientado a proteção do bem jurídico que a efeitos políticos mais amplos, como a satisfação de uma ‘necessidade de ação’.”⁴¹⁷

Mediante a dicotomia entre efeitos manifestos e latentes há uma oposição entre aparência e realidade no “Direito penal simbólico”, o qual aponta para o elemento de engano, à falsa aparência de efetividade e instrumentalidade. HASSEMER afirma que “por ‘engano’ não se entende uma determinada disposição (motivos e intenções históricas do legislador⁴¹⁸),

⁴¹⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, cit., p. 28.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁴¹⁸ A intenção de enganar não parece ser fundamental na caracterização do “Direito penal simbólico” (que pode ocorrer em razão de um autoengano por parte do legislador). No entanto, isso não implica que inexistam “motivos e intenções” que fundamentem a elaboração (intencional ou não) do engano. HASSEMER aponta que o “Direito penal simbólico” não pode ser analisado pelo prisma de “objetivos” ou “intenções” do legislador. Nesse sentido, em vez de “expectativas” há “previsibilidade”, em vez de “intenções” nos efeitos das leis, há a existência de condições prévias objetivas e probabilidade de um efeito que é esperado pelo legislador. Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos, cit., p. 29. Essa diferenciação feita por HASSEMER causa estranhamento, já que todo legislador (utilizando o “Direito penal simbólico” ou não) atua mediante previsibilidade, a partir de um efeito que é esperado (portanto há expectativa) por ele. A previsibilidade é um juízo de probabilidade, assim, o legislador prevê em que medida uma norma terá ou não efetividade (expressiva ou instrumental). Nesse sentido, mesmo prevendo a inefetividade de uma norma em sua função manifesta, o legislador poderá utilizá-la buscando suas funções latentes. Por mais que um efeito simbólico seja mais “previsível”, não há que se falar em uma distinção qualitativa de termos, ou seja, os efeitos

senão uma qualidade objetiva da norma.”⁴¹⁹

HASSEMER sintetiza: “‘Simbólico’, em sentido crítico, é um Direito penal no qual as funções latentes predominam sobre as manifestas: do qual se pode esperar que se realizem por meio da norma e sua aplicação outros objetivos em relação aos descritos na norma.” O autor prossegue concluindo que “a predominância de funções latentes fundamenta o que denomino ‘engano’ ou ‘aparência’.”⁴²⁰

A premissa conceitual do autor é correta, no entanto, dois pontos de sua definição podem ser objetados. O primeiro é sua generalidade, que se reflete em seu rol (aparentemente taxativo) de normas simbólicas, bastante superficial (ainda mais porque, como será esmiuçado à frente, uma distinção entre duas categorias de seu rol nem tem razão de ser⁴²¹, o que deixa sua classificação ainda mais genérica). Um exemplo da superficialidade do tratamento do tema é a ausência de qualquer menção à normas que satisfazem à sociedade em sua sanha punitiva, por meio da utilização do Direito penal como instrumento de vingança. Nesse sentido, para HASSEMER, o sentido do “Direito penal simbólico” é basicamente restrito ao apaziguamento da sensação de insegurança coletiva.

A questão não é a limitação dada ao fenômeno por HASSEMER, já que não há qualquer problema em uma eventual visão restritiva do problema pelo autor. Nesse sentido, a crítica se dirige não à posição “limitadora”, mas ao conceito “limitado”, que não parece contornar de forma satisfatória o “Direito penal simbólico”.

Ao afirmar que no “Direito penal simbólico” ocorre a realização de objetivos diversos em relação aos descritos na norma, HASSEMER aduz que a norma, *per se*, contém objetivos manifestos, o que não se pode sustentar. Não se quer com isso afirmar que a norma é neutra, já que ela carrega em si as intenções (legítimas ou não) da política criminal daquele momento, ou, ao menos, a intenção pessoal de seu legislador. Imperioso ter em conta que a dogmática é

simbólicos também são intencionais e esperados pelo legislador, ainda que com um grau de certeza mais assegurado do que em relação aos efeitos manifestos esperados por um legislador que busca elaborar uma norma penal instrumentalmente efetiva. Portanto, não é porque os efeitos simbólicos costumam ser alcançados com mais frequência do que os efeitos instrumentais, que se pode falar em uma ausência de intenção ou de expectativa do legislador que promulga uma norma de “Direito penal simbólico”. A quase total infalibilidade de um efeito (a interpretação do significado latente de uma norma de “Direito penal simbólico”) objetivado não suprime a expectativa de que tal efeito de fato se verifique.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 30.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁴²¹ “Leis de declaração de valores” têm apelo moral e “Leis com apelo moral” declaram valores. As finalidades das leis até podem ser distintas, mas a criação de uma norma que atenda à primeira finalidade necessariamente atenderá à segunda.

posterior a norma, o que implicaria que a decisão em relação ao que a “norma descreve manifestamente” ocorre a partir de sua interpretação (que também não é neutra), ou seja, o que é manifesto ou latente em uma norma não está expresso por ela, mas sim fundamentado a partir da função conferida ao Direito penal.

Portanto, a definição de HASSEMER parece carecer de um maior delineamento. Ela não está incorreta, tanto que é compartilhada por esse trabalho, como um ponto de partida. No entanto, ela soa insuficiente, no sentido de que não consegue delimitar satisfatoriamente o fenômeno do “Direito penal simbólico”, dificultando, dessa forma, uma detecção específica de suas ocorrências e, por conseguinte, seu enfrentamento.

O segundo ponto objetável é a utilização que HASSEMER faz do componente de “engano” no “Direito penal simbólico”. Nesse caso, ocorre o oposto da crítica anterior, já que o autor usa uma concepção “limitadora” de engano, que aproxima o “Direito penal simbólico” de uma manipulação intencional das funções manifestas e latentes da norma. Cabe rememorar que a intencionalidade não é característica fundamental, sendo que o “Direito penal simbólico” pode ser fruto de um “autoengano” do próprio legislador, equívoco que também será comungado pela sociedade, em sua interpretação simbólica do ato legislativo.

No que parece ser um rol taxativo (traço anteriormente criticado), HASSEMER elenca diversas formas simbólicas presentes no Direito penal⁴²², que são prejudiciais a sua efetividade. Interessante notar a proximidade da classificação com os elementos constitutivos da tricotomia da legislação simbólica de KINDERMANN, mencionada anteriormente. Senão vejamos:

- Leis de declaração de valores. Por exemplo, na tipificação do aborto, “entre a exigência moral da mulher a sua determinação e descendência por um lado e a confirmação da proibição de matar por outro lado”.

Tais leis estão alinhadas às demandas de setores da sociedade, que podem variar em seus tamanhos ou capacidades de influência, mas que são suficientemente aptos a fazer com que o legislador molde o Direito penal de acordo com suas exigências. Interessante observar que em tais tipos de leis, é possível que se prescindia de qualquer vínculo com a instrumentalidade da norma penal, já que a relevância daquele determinado valor é reforçada por meio da sua tutela penal, independente de lesões ocorrerem ou não em casos práticos.

⁴²² Cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., pp. 25-26.

Nesse sentido, pode-se pensar nos mandados de criminalização existentes na Constituição Federal do Brasil, os quais demandam tipificações apriorísticas a juízos de utilidade e necessidade do Direito penal.⁴²³

- Leis com caráter de apelo moral. Por exemplo, em leis referentes ao Direito penal do meio ambiente, que possuem um objetivo de dotar as pessoas de consciência ecológica.

Tratam-se de normas que se adequam ao “Direito penal promocional”, duplamente falacioso. Isso porque, por um lado ele é apontado como um problema central, tratando-se, no entanto, de um problema colateral que é uma consequência atinente ao próprio “Direito penal simbólico”. Mesmo com sua importância diminuída, por outro lado, no que concerne a sua reduzida pertinência e exígua existência, o uso promocional do Direito penal é um expediente inefetivo, visto que opera, na melhor das hipóteses, com um duvidoso reforço sobre a consciência da coletividade acerca de um bem jurídico.⁴²⁴ Cabe sublinhar a grande proximidade entre esta categoria em relação à primeira (“leis de declaração de valores”), sendo que seus traços poderiam estar comportados em uma categoria única, sem prejuízo de inteligibilidade.

- Leis que servem de álibi, leis promulgadas em cenários de crise. Por exemplo, leis contra o terrorismo com o objeto de pelo menos tranquilizar o medo e os protestos da população). Esse gênero de leis é justamente aquele utilizado neste trabalho como exemplo do “Direito penal simbólico”: o aumento da pena para um determinado delito, em um cenário de comoção social em razão do cometimento de um crime, justamente aquele previsto no tipo penal cuja pena será majorada em abstrato.

- Leis de compromisso. São cláusulas penais gerais, que são muito pouco efetivas, mas suprem a satisfação da “necessidade de atuação” do legislador. Um exemplo disso foi a inclusão do artigo 337-B no Código Penal (por meio da Lei 10.467 de 2002) que tipifica a “corrupção ativa em transação comercial internacional”.⁴²⁵ Tal norma é fruto de um compromisso assumido pelo Brasil em virtude de uma convenção com a OCDE (Organização para a cooperação e desenvolvimento econômico).⁴²⁶

⁴²³ Acerca do tema, cf. o subcapítulo “7.1 – A proteção de bens jurídicos como referencial”.

⁴²⁴ A crítica ao “Direito penal promocional” é estabelecida no subcapítulo homônimo: “7.2.1.1 - O Direito penal promocional”.

⁴²⁵ Após uma década de sua promulgação, inexistiu qualquer jurisprudência sobre processos pelo crime em questão.

⁴²⁶ Exposto o rol de HASSEMER, cabe apontar que na doutrina brasileira, em uma perspectiva muito próxima a

Desvelado o rol de normas simbólicas de HASSEMER, bem como estabelecidas as devidas ponderações acerca de seu conteúdo, estabelecer-se-á em seguida a classificação de DÍEZ RIPOLLÉS das normas de “Direito penal simbólico”.

6.5.3 - O rol de formas de “Direito penal simbólico” segundo Díez Ripollés

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS também cria um inventário de formas legislativas que se adequariam ao seu conceito de “Direito penal simbólico”. Em detrimento do engano como traço típico do fenômeno, DÍEZ RIPOLLÉS o enxerga mais como “como um problema de deslegitimação da intervenção penal por carecer de legitimidade uma boa parte dos efeitos produzidos.”⁴²⁷

Necessário observar que há um aporia inicial entre a aproximação do fenômeno do “Direito penal simbólico” feita por DÍEZ RIPOLLÉS, em relação a que se empreende nesse trabalho: a terminologia empregada. Fundamental, nesse diapasão, cotejar os termos utilizados aqui e pelo autor, de modo que a crítica da proposta de DÍEZ RIPOLLÉS possa ser feita em um âmbito material, sem que esbarre e pereça em entraves de ordem linguística.

DÍEZ RIPOLLÉS estabelece uma distinção entre três efeitos possíveis de uma hipotética norma:

Efeitos instrumentais, expressivos e integradores: em princípio, por efeito instrumental entenderíamos aquele que supõe certa modificação na realidade social e, mais concretamente, dos comportamentos humanos⁴²⁸; considerariamos efeito expressivo aquele que suscita emoções ou sentimentos nas consciências; e estaríamos diante de um efeito integrador

do autor alemão, Helena Regina Lobo da COSTA elenca um rol com formas de “Direito penal simbólico”: “I- reconhecimento de um valor pelo legislador; II – leis com caráter de apelo (moral); III- reações substitutivas do legislador; IV– leis de compromisso ou de acordo”. Para uma explicação pormenorizada de cada uma das formas, cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-132.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., pp. 568 e ss.

⁴²⁸ É justamente a mudança de comportamento que a prevenção geral negativa promove por meio da dissuasão: a modificação comportamental influencia a própria realidade, pois a efetividade do Direito penal implica que a sanção altera decisivamente o ímpeto criminoso de um indivíduo, que é, de alguma forma, intimidado pela pena.

quando se geram determinadas representações valorativas nas mentes.⁴²⁹

O autor aponta que o descrédito em relação aos efeitos simbólicos é apressado, pois, ao contrário do que se sustenta, tais efeitos não só estão em condições de proteger bens jurídicos por meio da prevenção de comportamentos, como são imprescindíveis para lograr tais propósitos.⁴³⁰ Estes podem ser alcançados pelo simbolismo intrínseco ao Direito penal, mas não pelo “Direito penal simbólico”. Esta denominação designa uma utilização indevida dos símbolos. O autor propõe uma denominar o que chamamos aqui de “simbolismo no Direito penal” de “funções expressivo-integradoras do Direito penal”, sendo que parte desse uso será pernicioso, caracterizado como “Direito penal simbólico”. Acerca do potencial protetivo dos efeitos expressivo-integradores, DÍEZ RIPOLLÉS indaga:

Há que se perguntar se os efeitos expressivo-integradores realmente são incapazes de proteger bens jurídicos por meio da prevenção de comportamentos: sustentar tal afirmação supõe defender que a produção nos cidadãos de determinados estados de ânimo ou representações mentais por meio da pena não tem consequências diretas sobre seu atuar, é dizer, que se esgotam na mera suscitação da emoção ou no enriquecimento cognitivo correspondente, sem repercussões sobre comportamentos futuros.⁴³¹

DÍEZ RIPOLLÉS pondera que os efeitos simbólicos no Direito penal só podem ser admitidos secundariamente, variando segundo a importância que se atribua aos fins ou funções preventivo gerais da pena, os quais, ao que parece, ocorrem por meio de efeitos simbólicos.⁴³² Todavia, na concepção do autor, os efeitos expressivos-integradores são igualmente hábeis para a realização de transformações sociais, não sendo exclusividade dos

⁴²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 556.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 555. Pode-se esboçar as etapas dos efeitos de uma ação apreendidos subjetivamente. Nem sempre os três efeitos ocorrerão, mas na hipótese de que todos ocorram, necessariamente será nessa ordem: em primeiro, o efeito expressivo, de cunho emotivo que servirá como uma espécie de gatilho que desencadeará o efeito integrador, por meio do qual haverá uma valoração. Só a partir dessa valoração (consciente ou inconsciente) a ação pode ter um efeito instrumental, por exemplo mediante uma modificação comportamental. A dissuasão, portanto, ocorre nessa terceira etapa.

⁴³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 557. Em resposta às indagações o autor considera que os efeitos simbólicos têm consequências decisivas sobre o atuar. De fato a ameaça da sanção tem um efeito (em diferentes gradações) sobre o comportamento humano. Todavia, tal efeito deve ser entendido como instrumental e não simbólico ou expressivo-integrador.

⁴³² *Ibid.*, p. 555.

efeitos materiais.⁴³³

Se o autor conclui que os efeitos expressivo-integradores são tão hábeis quanto os efeitos materiais para a transformação social, há que se perguntar porque ele atribui um papel secundário a tais efeitos, levando em consideração que seriam eles os responsáveis pelos fins preventivos gerais da pena, justamente os quais permitiriam a proteção de bens jurídicos por meio do Direito penal.

O parágrafo anterior expõe um ponto problemático na teoria do autor, já que aqui se entende que a consecução da prevenção geral negativa não ocorre por efeitos simbólicos, mas sim pela instrumentalização da função manifesta do Direito penal, obtida pelo desestímulo da sanção penal que impinge eventuais criminosos a se absterem de delinquirem.

Se os efeitos simbólicos devem ser relegados a um papel secundário no Direito penal e se são tais efeitos que promovem a prevenção geral (segundo o autor), a que cabe o papel principal? Aos efeitos que o autor chama de materiais, os quais promovem as finalidades de inocuização e a ressocialização? Tais efeitos⁴³⁴ não estão aptos a colaborarem decisivamente na proteção subsidiária de bens jurídicos, não sendo, portanto, possível que essa seja a função precípua do Direito penal na concepção de DÍEZ RIPOLLÉS.

Há, dessa forma, uma incongruência interna à concepção do autor, que decorre da colocação da finalidade preventivo geral negativa como decorrente de efeitos simbólicos (expressivo-integradores), pontuados pelo autor como secundários. Caso o autor considerasse os efeitos simbólicos primários, eles estariam adequados à função precípua do Direito penal e, ao menos no que concerne a sua estrutura interna, sua teoria estaria coesa.

A finalidade preventivo geral negativa obtida por meio do Direito penal não pode ser colocada como expressivo-integradora, mas sim instrumental. De fato, a prevenção geral positiva (ligada à percepção da coletividade acerca da norma) é manipulada de forma expressivo-integradora. É justamente esse o ponto central do “Direito penal simbólico”, pois a

⁴³³ Em contrapartida, estimo que os denominados efeitos instrumentais, entendidos como aqueles que não são expressivos nem integradores, não têm a exclusividade na prevenção de comportamentos. Daí que seja razoável privar-lhes do monopólio semântico que da utilidade e denomina-los efeitos materiais. Uns e outros, os efeitos materiais e os efeitos expressivo-integradores, poderão ser em determinadas circunstâncias meios adequados para a prevenção de comportamentos lesivos ou perigosos para os bens jurídicos e, em tal medida, instrumental para tal objetivo, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., pp. 556-557.

⁴³⁴ Para uma análise mais detida dessas finalidades, cf. o subcapítulo “7.2 – Finalidades da pena e ‘Direito penal simbólico’”.

finalidade preventivo geral positiva é amplificada de modo que supera a função precípua e manifesta do Direito penal, proporcionada pela finalidade preventivo geral negativa (dissuasória).

O que o autor postula como mérito da utilização simbólica do Direito penal (seus efeitos sobre a prevenção) é exatamente o ponto de partida da deturpação verificada no “Direito penal simbólico”. Este, como será demonstrado mais adiante⁴³⁵, atua sobre a percepção e expectativa depositada no Direito penal sobre a sociedade, sendo um fruto da inobservância dos critérios de conveniência do uso do Direito penal a partir da prevenção geral negativa, sua finalidade, senão única, preponderante no que concerne à função protetiva de bens jurídicos penalmente relevantes.

Feitas algumas considerações fundamentais acerca da proposta teórica de DÍEZ RIPOLLÉS, analisar-se-á o conceito de “Direito penal simbólico” para o autor, o qual assevera que:

O denominado Direito penal simbólico constitui um caso de superação dos limites utilitários que o princípio teleológico da sanção penal prevê à intervenção penal. Caracteriza-se de modo geral porque se produz por meio da pena efeitos ‘sócio-pessoais’ expressivo-integradores que carecem de legitimidade, não por sua natureza, mas porque não se adequam às decisões político criminais que fundamentam a pena.⁴³⁶

O jurista prossegue explicando que o Direito penal simbólico ocorre quando seus efeitos atingem objetivos supérfluos à manutenção da ordem social básica, centrando-se em objetos pessoais que não são decisivos na lesão ou ameaça a bens jurídicos.⁴³⁷ O jurista prossegue afirmando que a identificação de uma intervenção penal característica do “Direito penal simbólico” dependerá da verificação de um substancial incumprimento das decisões político-criminais fundamentadoras dos fins das penas. Esse juízo legitimador analisa a correspondência entre os efeitos produzidos e as decisões fundamentadoras da utilização das

⁴³⁵ No subcapítulo “7.2.1 – A proeminência da prevenção geral positiva no ‘Direito penal simbólico’”.

⁴³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 569.

⁴³⁷ O autor não explica detidamente sua menção a “objetos pessoais”, expressão pela qual se poderia inferir uma aproximação com a noção de “prestígio”, que AMELUNG propõe como característica do “Direito penal simbólico”.

sanções penais, as quais obedecem os “princípios da sanção penal”⁴³⁸. DÍEZ RIPOLLÉS os enumera da seguinte forma:

O primeiro princípio da sanção penal seria o da “proporcionalidade”. Segundo este princípio, que carece de conotações utilitárias, “a existência da pena deve refletir a presença e importância da afecção ao bem jurídico, assim como a concorrência e intensidade da responsabilidade do autor”.

Um segundo princípio, “o teleológico, estaria constituído pelo que correntemente se denomina de fins da pena. Mediante sua configuração estritamente utilitária, determinam-se os efeitos sócio-pessoais buscados com a pena.” Necessário pontuar aqui uma objeção, haja vista que DÍEZ RIPOLLÉS denomina como princípio as finalidades, o que é uma inconsistência terminológica⁴³⁹. Se, no entanto, o autor quer afirmar que é um princípio a noção de que toda sanção tenha ou deva buscar uma finalidade, não há uma contradição. Nesse caso, todavia, há um inequívoco lugar-comum, já que toda sanção necessariamente tem uma finalidade. Se tal finalidade é legítima ou não, racional ou não⁴⁴⁰, é uma questão que escapa a esse exame principiológico, e depende de uma fundamentação apriorística da função do Direito penal, para então, a partir disso, ser possível um cotejamento das finalidades da pena em razão da função como critério de legitimação.

O terceiro princípio, também de caráter não utilitário, é o da “humanidade das penas, e garante que as sanções penais não sobrepassem os níveis de incidência sobre os cidadãos, que são admissíveis no marco das condições de aceitação do contrato social.” Novamente, há que se objetar a existência do princípio da humanidade das penas, uma vez que ele é um princípio intrínseco ao da proporcionalidade. Trata-se de uma espécie de pleonismo (já que o exame de proporcionalidade já leva em consideração o critério de humanidade, haja vista que é, sobretudo, por tal razão, que a pena não deve ser desproporcional).

Em outra hipótese, trata-se de um princípio que não se sustenta, ao se pensar em um descompasso entre proporcionalidade e humanidade, sendo que se uma pena proporcional for considerada desumana, surge um cenário em que uma pena humana é desproporcionalmente amena em relação à conduta, prejudicando seu efeito dissuasório (já que além da certeza da

⁴³⁸ Os princípios enumerados a seguir se encontram em DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., pp. 559-560.

⁴³⁹ Os princípios regem uma ação, limitando-a e/ou norteando-a a sua finalidade almejada.

⁴⁴⁰ A pena pode servir, por exemplo, como instrumento de intimidação ou de vingança, sendo que ambos os casos são finalidades, ainda que só apenas o primeiro possa ser entendido como legítimo.

punição, fator primordial, a pena deve ser minimamente apta a desestimular a conduta por ser uma resposta proporcional à conduta).⁴⁴¹

Necessário analisar se os princípios enumerados por DÍEZ RIPOLLÉS estão aptos a impedir a utilização simbólica (deturpada) no Direito penal. De início, cabe apontar que os critérios de proporcionalidade e humanidade não são úteis à delimitação do simbolismo no Direito penal, até porque tais critérios estão imediatamente ligados à aplicabilidade da norma, o que diz respeito a sua instrumentalidade e é diametralmente oposto ao aspecto simbólico normativo. Ou seja, uma pena só é desproporcional ou desumana (como já dito, geralmente ambas as coisas concomitantemente) quando aplicada ou, ao menos, quando haja perspectiva de sua aplicação. Não há que se falar em desproporcionalidade ou desumanidade da pena em seu prisma simbólico, muito embora, usualmente, tais normas se instrumentalizam (seletivamente) de forma desproporcional e desumana.

O que deve ficar claro é que a desproporcionalidade e desumanidade são consequências da instrumentalização de normas simbólicas⁴⁴², mas não são traços caracterizadores, já que nem toda norma simbólica os contém.

Inquestionável que princípios como a “proporcionalidade” e “humanidade” devem sempre ser observados, uma vez que basilares ao Direito penal e limitadores de sua resposta perante o desvio. Todavia, o que se afirma é que eles não estão aptos a definir o que é o “Direito penal simbólico” por duas razões: as normas do fenômeno nem sempre são desumanas ou desproporcionais⁴⁴³; além disso, algumas normas que não são características do

⁴⁴¹ Contraditoriamente, nota-se, o ao final do excerto a seguir, que o autor, em outro momento do mesmo texto, retira a crivagem por critérios não utilitários (proporcionalidade e humanidade) como um elemento verificador do “Direito penal simbólico”. “Podemos discrepar a respeito de quando uma intervenção penal merece ser qualificada como simbólica, mas em qualquer caso a discussão não deve abandonar o plano utilitário, isto é, deve girar sobre quando o emprego da sanção penal recai de forma a relevante sobre os efeitos ‘sócio-pessoais’ desnecessários a partir do princípio teleológico legitimador da sanção penal. Secundária é a perda de coerência o desejado e previsto e o realmente buscado e obtido, e a outro lugar pertence a questão de se os efeitos ‘sócio-pessoais’ implicados resultam inaceitáveis desde o ponto de vista dos restantes princípios, não utilitários, legitimadores da pena, como o da proporcionalidade e o da humanidade da pena DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., pp. 559-560.

⁴⁴² Por exemplo quando uma norma tem uma pena majorada e passa a ser aplicada seletivamente em prol da satisfação coletiva e em atenção à confiança social perante o ordenamento (fim preventivo geral positivo).

⁴⁴³ Basta, por exemplo, pensar no já referido crime de “corrupção ativa em transação comercial internacional” (artigo 337-B do Código Penal brasileiro). Trata-se de uma norma totalmente inefetiva, firmada *pro forma*, com vistas a demonstrar o compromisso do país com as demandas internacionais. Não parece ser possível afirmar que o tipo é desproporcional ou desumano, embora haja um componente de engano e uma inequívoca inefetividade atinentes a ele, sendo que justamente esses dois últimos critérios são desconsiderados por DÍEZ RIPOLLÉS.

“Direito penal simbólico” podem ser consideradas desproporcionais e desumanas.⁴⁴⁴

Em suma, a aplicação desses critérios na delimitação do “Direito penal simbólico” faria com que casos externos ao fenômeno fossem contemplados e casos internos fossem olvidados. Dessa forma, tampouco como um critério auxiliar, a análise pode ser feita a partir dos princípios da proporcionalidade e humanidade, porque, embora fundamentais ao Direito penal, em nada eles contribuem na caracterização do “Direito penal simbólico”.

Outro princípio mencionado por DÍEZ RIPOLLÉS é o “teleológico”, ligado aos fins (finalidades) da pena. Tampouco tal critério (seja isoladamente ou combinando com os princípios de proporcionalidade e humanidade) mostra-se apto a definir o que é o “Direito penal simbólico”, haja vista que mesmo que sejam definidas finalidades aceitáveis a um determinado modelo de Direito penal, não será possível admitir que o “Direito penal simbólico” se limitará às normas penais (com uma sanção e, por conseguinte, com uma finalidade para essa sanção) que não se coadunem com as finalidades eleitas. Isso porque, quaisquer que sejam os fins da pena (em qualquer dinâmica social, desde o totalitarismo a um Estado democrático de direito), é possível conceber o uso de normas simbólicas. Tal afirmação decorre do fato de que tais normas estão menos ligadas a um descompasso entre o alcance manifestamente pretendido por uma norma em relação ao alcance de suas funções não-manifestas. Nesse sentido, pode haver “Direito penal simbólico” em qualquer tipo de fim da pena, seja retributivo, preventivo, misto ou qualquer invenção que venha a justificar a intervenção penal.

Há que se ponderar, em uma leitura distinta, que DÍEZ RIPOLLÉS estabelece os três critérios principiológicos (proporcionalidade, finalidade da pena e humanidade) como fundamentadores da legitimidade do Direito penal e não como delineadores do “Direito penal simbólico”. Nesse diapasão, a “legitimidade” seria o critério decisivo na caracterização do fenômeno.

Assim, rememorando excerto já mencionado, o “Direito penal simbólico” conteria “efeitos expressivo-integradores que careceriam de legitimidade, não por sua natureza, mas porque não se adequam às decisões político criminais que fundamentam a penal”. O autor menciona também a ocorrência de uma superação de limites utilitários estabelecidos pelo

⁴⁴⁴ Por exemplo, no caso da criminalização dos “delitos de bagatela”, em inobservância do “princípio da insignificância. Pode haver um sentido simbólico em tal hipótese, que se relaciona com a criminalização dos marginalizados ou a intransigência a qualquer tipo de desvio (nos moldes preconizados por Rudolf von IHERING). Todavia, tais manifestações de simbolismo não são traços do “Direito penal simbólico”.

princípio teleológico (dos fins das penas).

Iniciando-se a análise da concepção de Díez Ripollés a partir da análise da última afirmação do parágrafo anterior, necessário objetar que em detrimento de uma “superação” de limites utilitários, parece ocorrer uma “deturpação” de tais limites, já que outras finalidades são buscadas a partir de uma função deturpada do Direito penal, pois este permanece operacionalizado de forma utilitária, não podendo-se confundir as noções de “utilitário” e “instrumental”, sendo que a primeira também diz respeito ao funcionamento simbólico do Direito penal.

Quanto à legitimidade como critério decisivo na definição do “Direito penal simbólico”, dois pontos devem ser questionados: primeiro, se toda norma ilegítima pode ser considerada de “Direito penal simbólico”; em segundo, ainda que a resposta para a primeira indagação seja negativa, se a legitimidade é de fato um traço fundamental do “Direito penal simbólico”.

Em relação à primeira questão, é necessário verificar se o juízo de legitimidade é considerado sob uma perspectiva binomial (legítimo ou ilegítimo) ou de gradação (mais legítimo e menos legítimo). No primeiro caso, a restrição do Direito penal na medida de sua estrita função de proteção de bens jurídicos faria com que uma finalidade praticamente uníssona no discurso fundamentador do Direito penal fosse considerada ilegítima. Trata-se da ressocialização, visto que só muito mediatamente ela guarda relação com a proteção de bens jurídicos, o que ocorre apenas mediante o frágil argumento de que um indivíduo “ressocializado” respeitaria as normas e não ofenderia bens jurídicos.

Assim, se as pessoas ofendem bens jurídicos é em virtude de não estarem “socializadas”, por conseguinte, “dessocializadas”. No entanto, esse processo de “dessocialização” ocorre justamente no seio social, sendo que o crime é o marco simbólico da mudança de patamar de “socializado” para “dessocializado”, modificação esse que ocorre a todo momento dentro da sociedade. Com isso, há uma incongruência lógica na noção de que a pena com seu fim ressocializador protegerá bens jurídicos, já que, por mais que o indivíduo esteja novamente “socializado” (e esse conceito é extremamente problemático), nada assegura que ele novamente se “dessocialize”, como já aconteceu outrora (quando ele cometeu o delito pelo qual cumpre pena).⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Tal raciocínio está adstrito ao plano teórico e já refuta o argumento da “ressocialização”. Todavia, verificando

Todavia, se o critério for gradativo (mais legítimo e menos legítimo)⁴⁴⁶, é imprescindível estabelecer um patamar a partir do qual a carência de legitimidade seja suficiente à caracterização do “Direito penal simbólico”.⁴⁴⁷

Mesmo com o critério gradativo, ao que parece e já iniciando a resposta para a segunda questão proposta há pouco (a legitimidade é de fato um traço fundamental do “Direito penal simbólico”?), o exclusivo uso da legitimidade é insuficiente ou, melhor dizendo, equivocado na definição do fenômeno. Isso porque, a carência de legitimidade descreve um “Direito penal simbólico” que é, de fato, pernicioso, todavia, que não necessariamente opera mediante a utilização de símbolos.

Assim, causa estranhamento uma definição de “Direito penal simbólico” que prescindia do componente “simbólico”.

Cabe definir, de partida, que nem toda norma de “Direito penal simbólico” é ilegítima, já que o critério utilizado neste trabalho é o de efetividade e não o de legitimidade. Nesse diapasão, a carência de efetividade não enseja a ilegitimidade. São categorias distintas, que se polarizam entre critérios qualitativos (legitimidade) e quantitativos (efetividade).

Dessa forma, uma norma legítima face à função do Direito penal pode ser inequivocamente simbólica. Por outro lado, nem toda norma ilegítima (seja inefetiva ou efetiva) poderá ser determinada como simbólica. Para entender as afirmativas anteriores, é fundamental recorrer ao componente de “engano”, mencionado (embora, restringido) por HASSEMER e preterido por DÍEZ RIPOLLÉS.

Isso porque um conteúdo simbólico contém um excesso em relação ao sentido manifesto da norma. Esse significado excedente à literalidade de um signo (por exemplo, uma

a realidade, o ambiente criminógeno da prisão e os índices de reincidência, nota-se o quão falaciosa é a ideia de pena como instrumento ressocializador.

⁴⁴⁶ Esta é a posição de DÍEZ RIPOLLÉS, que afirma que o “Direito penal simbólico é um conceito “gradual”, fazendo coro a Hassemer. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 568.

⁴⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS não menciona esse patamar, apesar de construir um rol com gêneros de leis simbólicas, o qual, como será visto mais adiante, apresenta incongruências com a própria concepção de “Direito penal simbólico” carente de legitimidade, proposta pelo autor. Este propõe expõe ainda uma lista de fins legítimos do Direito penal, sendo que há um grau decrescente de legitimidade em tal listagem. No entanto, o autor começa justamente com a “inocuidade” e “ressocialização” como sendo os fins mais instrumentais (e, depreende-se disso, mais legítimos). Tais fins podem ser os mais instrumentais, no entanto, não são os mais legítimos, se o próprio autor considera que o Direito penal serve à proteção de bens jurídicos. A efetiva proteção destes últimos, passa ao largo da inocuidade e ressocialização, finalidades muito marginais à tal função. Assim, parece haver uma confusão entre instrumentalidade e legitimidade na proposição. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., pp. 561-562.

norma) opera proporcionando verossimilhança ao sentido manifesto enquanto proporciona efeitos secundários que dependem da interpretação do receptor do signo.

Exemplificando-se: uma lei que transforma um crime em hediondo, promove a verossimilhança da efetividade da norma penal em relação à sociedade, que interpreta o recrudescimento da pena de forma simbólica (concebendo o rigor como forma de diminuição da violência e, portanto, maior proteção daquele bem jurídico penalmente relevante). Neste processo, efeitos secundários são obtidos, como a satisfação das demandas populares, o aumento da confiança no ordenamento. Tais efeitos usualmente (embora não fundamentalmente) atendem os interesses que suscitaram a modificação legislativa: ganho de prestígio, maior governabilidade, credibilidade, dentre outros efeitos possíveis.

Voltando à construção teórica de DÍEZ RIPOLLÉS, se a função (que ele chama de “finalidade”) do Direito penal é proteger bens jurídicos, serão ilegítimas as normas que não estiverem alinhadas com tal desígnio. Todavia, mesmo por tal critério, se uma norma é ilegítima e não há um componente de engano (ou seja, um excesso significativo) não há que se falar em “Direito penal simbólico”.

Nesse sentido, se um fim ilegítimo é manifestamente desejado, não há uma dicotomia entre manifesto e latente, não havendo uma função simbólica mimetizada pela função manifesta da norma. Indaga-se, dessa forma, onde estaria a utilização de símbolos nessa hipótese aventada.

Fundamental, portanto, a dicotomia entre os aspectos manifesto e latente de uma norma, sendo que o último é acessado por meio da interpretação simbólica. Necessário esclarecer que esse caráter duplo de uma norma também não é suficiente para caracterizar o “Direito penal simbólico”. Isso porque um sentido latente não necessariamente se contrapõe ou inviabiliza o sentido manifesto de um signo.

Daí decorre a imprescindibilidade do componente de engano (ainda que se trate de um autoengano do emissor do signo simbólico) para a caracterização do “Direito penal simbólico”. Engano esse que se dirige ao sentido manifesto da norma em decorrência da interpretação de seu sentido latente.

A pretensa função manifesta (legítima) é o embuste legitimador do “Direito penal simbólico” que opera com funções latentes (ilegítimas).

A noção de “Direito penal simbólico” de DÍEZ RIPOLLÉS independe de qualquer

comunicação dos significados da norma, por conseguinte, de qualquer uso do símbolo. De acordo com a definição do autor, para a caracterização do fenômeno, basta apenas um juízo de legitimidade ou ilegitimidade da norma, o qual pode ser feito exclusivamente no plano do dever-ser, uma vez definida a função do Direito penal.

Assim, não se objeta que a crivagem estabelecida pelo penalista espanhol esteja apta a filtrar elementos perniciosos ao Direito penal. Todavia, o que se afirma é que tais elementos não podem ser postulados como simbólicos.

Além disso, há um outro problema na análise do “Direito penal simbólico” mediante a avaliação da legitimidade das formas com as quais o Direito penal: não há que se falar em “Direito penal simbólico” no caso de uma norma aprioristicamente ilegítima (por estar no rol de DÍEZ RIPOLLÉS que será desvelado adiante) que causa diversos efeitos simbólicos, mas, concomitantemente, produz efeitos instrumentais e é efetiva em relação à função do Direito penal.⁴⁴⁸

Portanto, é fundamental que haja um cotejo entre as funções latentes (simbólicas) e manifestas (instrumentais) de uma norma, haja vista que apenas no caso de excesso da primeira função é que se pode falar em “Direito penal simbólico”, uma vez que é vital que uma norma efetiva comunique, ou seja, que a efetividade obtida pela prevenção geral negativa (apta a proteger bens jurídicos) proporcione efeitos simbólicos relacionados à prevenção geral positiva. Necessário frisar que essa é a única ordem dos fatores aceitável: a intimidação ensejando a confiança no ordenamento, sendo que jamais o contrário pode ocorrer (a prevenção geral positiva fundamentando a prevenção geral negativa), até porque, quando ocorre, manifesta-se o “Direito penal simbólico”.

Nessa esteira e por fim, expor-se-á o rol de formas simbólicas de DÍEZ RIPOLLÉS. O autor identifica o “Direito penal simbólico” de forma taxionômica, dividido entre categorias que englobam formas que se aproximam justamente em virtude de comungarem do traço particular à categoria pertencida.⁴⁴⁹

Inicialmente, Díez Ripollés designa as formas de “Direito penal simbólico”, em “função do objetivo satisfeito”, que se caracterizam porque o efeito fundamentalmente

⁴⁴⁸ Cf. o subcapítulo “6.3 - engano sobre o engano”, onde demonstra que nem toda norma que não se adegue exclusivamente à função de proteção de bens jurídicos do Direito penal pode ser considerada simbólica. Ou seja, uma norma pode conter significados ilegítimos, desde que eles não sejam proeminentes à função legítima e manifesta.

⁴⁴⁹ O autor desvela o rol de formas simbólicas nas páginas 570-573 do artigo supracitado.

suscitado pela reação penal não atende à prevenção de comportamentos delitivos. Uma vez que tais casos não atuam sobre os danos ou riscos a bens jurídicos, eles “ignoram o objetivo fundamentador da intervenção penal”.⁴⁵⁰

- Leis reativas: nas quais predomina o objetivo de demonstrar a rapidez dos reflexos de ação do legislador ante a aparição de problemas novos.⁴⁵¹

- Leis identificativas: com as quais se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos. Um exemplo de tais leis poderia ser o da penalização dos “maus tratos a animais”, em que nem mesmo parece haver bem jurídico a ser tutelado⁴⁵², todavia é uma demanda de considerável parcela da sociedade. Tais leis estão mais direcionadas a demonstrar a sensibilização do legislador com o bem jurídico em questão do que efetivamente protegê-lo.

- Leis declarativas: com as quais se clarificam contundentemente quais são os valores corretos naquela realidade social. A ingerência moralizante que torna absoluto o conceito de estupro presumido contra menores de 14 anos no Código penal brasileiro (o que está desalinhada com a realidade do comportamento dos jovens) pode ser um exemplo de uso de norma declarativa.⁴⁵³

- Leis principiológicas: que são aquelas que “manifestam primordialmente a validade de certos princípios de convivência.” O autor menciona como exemplo o delito de negação de feitos históricos (previsto no artigo 607 do Código Penal Espanhol). Cabe anotar que a distinção entre leis principiológicas e declarativas parece supérflua, haja vista sua inequívoca e suficiente semelhança nos fundamentos e finalidades.

⁴⁵⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena, cit., p. 570.

⁴⁵¹ O autor exemplifica as leis reativas, com o curioso artigo 161.2 do Código Penal Espanhol, o qual dispõe a penalização da clonagem: “Artigo 161 - Serão castigados com pena de prisão de um a cinco anos e inabilitação especial para emprego ou cargo público, profissão ou ofício, de seis a dez anos quem fecundar óvulos humanos com qualquer fim distinto ao da procriação humana. 2 – Com a mesma pena se castigarão a criação de seres humanos idênticos por clonagem ou outros procedimentos dirigidos à seleção da raça.”

⁴⁵² Cf., por exemplo, ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Thomson-Civitas, 2003, p. 59.

⁴⁵³ A estipulação da idade de 14 anos (prevista no artigo 217-A do Código Penal, sob o *nomen juris* “Estupro de vulnerável”) não está assentada em nenhum parâmetro extrapenal (por exemplo o início da adolescência aos 12 anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Cf., nesse escopo, o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no Recurso Especial 430.615/MG, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 01/02/2010.

- Leis de compromisso: cujo papel mais significativo é o de mostrar as forças políticas que se agiu mediante os acordos firmados. A “corrupção ativa em transação comercial internacional”, tipificada pelo artigo 337-B do Código penal brasileiro, é um exemplo desse tipo de leis, também mencionado por HASSEMER. Há que se ponderar que, *per si*, uma “lei de compromisso” não é simbólica. Para tanto, ela teria que ser inefetiva.

Cabe nesse momento, levando em consideração o gênero de leis anteriores, uma crítica da definição de “Direito penal simbólica” de Díez RIPOLLÉS, levando em conta o próprio rol de normas por ele proposto, o qual acaba contradizendo sua definição sobre o fenômeno. O jurista refuta o “engano” como traço do “Direito penal simbólico”.

Desta forma, não há, no modelo teórico concebido por ele, como se atestar que a lei de compromisso é simbólica, já que ela pode ser legítima e apta a atender a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Uma lei que é feita em observância a um compromisso firmado por tratado não pode ser pontuada como ilegítima, então nem sempre esse tipo de norma será simbólico. Caso ela fosse inefetiva, não protegesse bens jurídicos (sua função manifesta) e só satisfizesse a pressão internacional por um determinado compromisso (função latente), aí sim poder-se-ia falar em uma norma simbólica, que poderia ser tachada de ilegítima. Observe-se, no entanto, que para isso, dois critérios foram utilizados além da mera noção de ilegitimidade: o critério da inefetividade em tutelar bens jurídicos, o qual está intimamente ligado a outro critério, qual seja a ponderação dos efeitos latentes em relação aos efeitos manifestos de uma norma, já que se estima que todas as normas reúnem de alguma forma ambos os efeitos, sendo que o “Direito penal simbólico” seja considerado apenas a partir do excesso das funções latentes sobre as manifestas.⁴⁵⁴

DÍEZ RIPOLLÉS continua elencando as normas simbólicas, todavia já sob uma segunda categoria, que ele denomina de “leis em função das pessoas primordialmente afetadas”, as quais se caracterizam como intervenções penais “cujos efeitos não vão mais além da fase de cominação penal, sem prejuízo de que, à diferença das anteriores (leis em função do objetivo satisfeito), tenham capacidade para prevenir comportamento delitivos.” Vejamos as formas inseridas nesta categoria:

⁴⁵⁴ “A norma só pode ser tida como simbólica quando, além de sua carga comunicativa e expressiva, ela apresentar funções não declaradas, que não são perceptíveis de modo imediato e prevalecem sobre as funções manifestas.” COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

- Leis gratuitas: aprovadas sem os recursos materiais e pessoais necessários a sua efetiva aplicação em caso de infração. Neste caso, novamente a teoria de DÍEZ RIPOLLÉS não se sustenta, pois sua concepção de “Direito penal simbólico”, relacionada a ilegitimidade da norma, não diz respeito às “leis gratuitas”, haja vista que elas não carecem de legitimidade, mas sim de instrumentalidade.

Nesse sentido, pode-se conceber um exemplo de uma lei penal que busque a proteção de um bem jurídico, todavia não possua meios para tanto. Em tal hipótese, não há que se falar que tal lei é ilegítima, mas sim inefetiva. Caso fossem proporcionadas condições materiais de aplicação da norma, a norma passaria a ser legítima e perderia seu status simbólico? Não há sentido nessa suposição, e a pergunta reflete uma confusão entre o plano da legitimidade e da efetividade (ligado à aplicabilidade da norma em observância de sua função).

- Leis imperfeitas: que não preveem sanções ou sua aplicação é tecnicamente impossível. A mesma crítica feita às leis gratuitas se aplica às leis imperfeitas, cujo problema reside na carência de instrumentalidade em relação a sua função, sendo que leis podem ser imperfeitas e, concomitantemente, legítimas.

As leis podem ser gratuitas ou imperfeitas, mas tais características não são fundamentadoras do “Direito penal simbólico”. Para tanto, esses dois grupos de normas estarão necessariamente ligados a outros grupos elencados pelo autor. Ou seja, só é simbólica a lei aprovada de forma “gratuita” ou “imperfeita” (ambas, condições materiais de aplicabilidade da norma) que atende alguma intenção que está ligada a alguns dos fundamentos elencados no rol do autor (lei de compromisso, lei declarativa, etc.).

O jurista espanhol inicia uma nova categoria, de “leis em função do conteúdo dos efeitos sociais produzidos”.

- As leis ativistas: com as quais se suscita na sociedade a confiança de que se está fazendo algo frente a problemas irresolutos. Trata-se de outro gênero de leis que não parece merecer uma distinção, já que os traços que o caracteriza são típicos de vários outros gêneros de normas simbólicas, elencadas pelo autor, como nas leis identificativas ou leis apaziguadoras, justamente o próximo gênero.

- As leis apaziguadoras: que substancialmente produzem o efeito de acalmar as reações emocionais que certos fatos produzem nos cidadãos, usualmente potencializados pela excessiva mediação de tais fatos. Um exemplo brasileiro notável de tal tipo de leis foi a promulgação da lei dos crimes hediondos (8.072 de 1990). Nesse sentido, “A Lei de Crimes

Hediondos cumpriu exatamente o papel que lhe foi reservado pelos meios de comunicação, ou seja, o de dar à população a falsa idéia de que, por meio de uma lei extremamente repressiva, reencontraria a almejada segurança”.⁴⁵⁵

6.6 – O conceito de “Direito penal simbólico”

De partida, é fundamental levar em conta que a questão central acerca da conceituação é definir o “Direito penal simbólico” como o que ele costuma ser sem, no entanto, relevar o que ele também pode ser (trabalhando no plano hipotético com suas potencialidades, ou seja, com outras formas de expressões simbólicas ilegítimas ao Direito penal). Assim, o conceito deve estar apto a conglobar as regras (verificadas empiricamente) e suas exceções (observadas ou observáveis).

Antes de uma definição peremptória de “Direito penal simbólico”, mais uma vez, é imprescindível ter em conta que a utilização dos símbolos no Direito penal não é de todo negativa.

Nesse sentido, denominam-se de “simbolismo no Direito penal” todas as formas (intrínsecas e contingentes, sejam estas últimas positivas ou negativas) de utilização de símbolos (no sentido imaterial da expressão) dentro do Direito penal.

Cabe também ressaltar que a menção frequentemente feita neste trabalho acerca do “Direito penal simbólico” em uma determinada “norma” não implica que a questão seja unicamente normativa, uma vez que aspectos de “Direito penal simbólico” são notáveis nas três etapas de criminalização e não apenas na primária. Além disso, o fenômeno é observável também nas três esferas de poder, pensando em um sistema republicano tripartite, haja vista que, por exemplo, notam-se tomadas de decisões que desencadeiam efeitos simbólicos ilegítimos, de agentes policiais (executivo), congressistas (legislativo) e magistrados (judiciário).

Feitas as ressalvas e ponderações anteriores, pode-se finalmente definir o “Direito penal simbólico”. Em um esforço sintetizador, o conceito elaborado neste trabalho é:

⁴⁵⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*: anotação sistemática à lei n. 8.072/90. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 502.

“Direito penal simbólico” é uma disfunção do Direito penal, que ocorre mediante a interpretação simbólica de conteúdos latentes de uma ato, proporcionando um engano que contribui para a inefetividade do Direito penal.⁴⁵⁶

Exposto o conceito, fundamental deslindar alguns termos que compõem a definição.

Ao se afirmar que o “Direito penal simbólico” é uma disfunção do Direito penal, há que se levar em consideração uma diferenciação entre a função (como deveria funcionar) e o funcionamento (como funciona) do Direito penal. Por tal razão, o propósito (o asseguramento do desenvolvimento harmônico dos interesses individuais dentro da sociedade) do Direito penal não pode ser alcançado em virtude da disfunção de seu meio (a função protetiva subsidiária de bens jurídicos).

A intervenção penal com seu efeito dissuasório é o traço manifesto da norma penal. A realização dessa função manifesta do Direito penal está vinculada a sua instrumentalidade. No caso do “Direito penal simbólico”, parte-se da premissa de que há uma primazia dos efeitos simbólicos sobre efeitos instrumentais, ou, em outros termos, que os efeitos latentes se sobrepõem sobre os efeitos manifestos. Mais além, o sentido latente costuma corromper o sentido manifesto, sem exercer uma contraposição a ele.

Nesse sentido, a interpretação simbólica do conteúdo latente gera a impressão de efetividade do sentido manifesto, tal impressão exime-o de que seja realmente efetivo. Assim, o ato simbólico costuma guardar um componente latente que promove o engano acerca de seu conteúdo manifesto. Por exemplo, em uma norma típica de “Direito penal simbólico”, o referencial é seu sentido manifesto, o qual, por meio da interpretação do conteúdo latente dessa norma, é percebido como efetivo, quando, de fato, é meramente expressivo.

O “Direito penal simbólico” esconde, sob seu sentido manifesto, intenções subliminares cujos efeitos latentes atuam sobre a percepção da sociedade. O significado simbólico, que está implícito e em potência nas intenções latentes, é hipostasiado mediante a interpretação simbólica dos receptores de um signo (entendido aqui como aquilo que tem

⁴⁵⁶ Pode-se elaborar uma definição mais extensa, que reúna todos os elementos fundamentais na caracterização do fenômeno em sua realidade e possibilidades. No entanto, cada noção apresentada neste conceito sobreviveria à “navalha de Ockham”. Trata-se, portanto, de uma definição que não é supérflua em seus termos, mas sim, mais pormenorizada. Define-se, assim, o “Direito penal simbólico” como o funcionamento descompassado do Direito penal em relação a sua função manifesta e precípua (proteção subsidiária de bens jurídicos), o que ocorre por meio do uso excessivo de funções latentes (expressivas) que desencadeiam um engano (intencional ou não) em relação a uma ato, mediante uma interpretação simbólica voltada à percepção da realidade, gerando uma carência ou deturpação da instrumentalidade que, por conseguinte, contribui para inefetividade do Direito penal.

significado), seja este signo uma norma, sentença, procedimento e tudo mais que possa carregar atributos simbólicos e que, concomitantemente, esteja inserido de dentro do universo penal.

Também de acordo com a definição, a percepção da realidade é enviesada por meio de um engano (deliberado ou não) que assegura a expectativa social sobre a efetividade daquela norma, sem que ela possua condições instrumentais de modificar a realidade (diminuição da violência) ou, mais especificamente, modificar os comportamentos que ocorrem na realidade (intimidação por meio do Direito penal, evitando a externalização de condutas criminosas, sejam elas comissivas ou omissivas). O engano se dirige ao sentido manifesto da norma em decorrência da interpretação de seu sentido latente.⁴⁵⁷

Assim, a linguagem simbólica carrega um discurso conotativo, atribuindo um excesso de significado ao sentido literal (manifesto). Ao se afirmar que o engano é deliberado ou não, torna-se contingente a intenção simbólica do emissor, que pode utilizar o “Direito penal simbólico” de forma ingênua (não deliberada), compartilhando o significado simbólico que o ato em questão tem para a sociedade, crendo erroneamente que ela é apta ou necessária para atingir suas funções manifestas.

Portanto, o “Direito penal simbólico” caracteriza-se pela utilização de significados atinentes ao Direito penal que superam o sentido manifesto do ato⁴⁵⁸, sendo esta última palavra uma expressão genérica que engloba uma série de outras, como norma, decisão, procedimento. Tais substantivos buscam abarcar o “Direito penal simbólico” em toda sua extensão, não se tratando de um mero problema legislativo, como muitos autores dão a entender, ao usar a expressão “norma”.

Importante esclarecer ainda que ao se falar em linguagem, o conceito de “Direito penal simbólico” não exclui a existência de símbolos materializados dentro do Direito penal, por exemplo, no significado simbólico das algemas. A disfunção do emprego de algemas como “estigmas”, de modo que elas sirvam como uma espécie de pena sem julgamento, ocorre em razão da interpretação simbólica da imagem de alguém algemado (há um senso comum de

⁴⁵⁷ Em outros termos, poder-se-ia delinear que há no “Direito penal simbólico” uma prevalência da intenção latente de quem cria a legislação, a *mens legislatoris* (latente) sobre a *mens legis* (ou *ratio legis*) que se refere ao “espírito” da lei, ligado ao seu sentido manifesto que sempre estará vinculado a uma finalidade, a qual, por sua vez, deve-se adequar à função designada ao Direito penal. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 445.

⁴⁵⁸ Optou-se por ato, em detrimento de “ação”, para evitar confusões com o sentido processual dessa última, ou seja, a ideia de “ação penal”.

que quem é algemado é criminoso). Se o ato de algemar alguém satisfaz ampla parcela da sociedade em sua sanha punitivista é em razão da interpretação simbólica dada ao objeto algema como um símbolo de pena.⁴⁵⁹ Portanto, o símbolo material depende de uma interpretação que, por sua vez, está totalmente ligada à utilização da linguagem simbólica que permite o acesso ao significado latente àquele objeto.

Apresentou-se anteriormente os róis de normas de “Direito penal simbólico” elaborados por DÍEZ RIPOLLÉS e HASSEMER, ambos os quais delineados de forma taxativa por seus autores. As críticas acerca do conteúdo das listagens dos dois juristas já foram apontadas. No entanto, cabe aqui tecer uma objeção sobre duas questões atinentes a ambos os róis.

A primeira questão diz respeito à exclusividade de manifestações normativas nas listagens dos dois penalistas. Como já foi exposto, o “Direito penal simbólico” é aqui entendido como um problema que exorbita o âmbito da norma (muito embora tal aspecto pareça de fato ser o espaço preponderante de aparição do fenômeno). Dessa forma, um rol que contemple apenas aspectos normativos não está apto a esboçar o “Direito penal simbólico” sob um prisma global.

Outra ponderação, que aponta para uma mesma direção, diz respeito ao caráter taxativo dos róis expostos. Só pela exclusividade de manifestações simbólicas normativas, as listagens já podem ser consideradas como incompletas, muito embora, conforme se demonstrou, haja gêneros de normas simbólicas equivocados e supérfluos, em ambos os róis.

Tais ponderações fomentam a seguinte conclusão: o exame caracterizador do “Direito penal simbólico” deve ser casuístico. A subjetividade intrínseca à noção de “excesso de funções latentes” não permite categorizações objetivas que filtrem todo o conjunto de ações

⁴⁵⁹ Necessário entender a noção de “engano” em um sentido amplo, já que o emprego arbitrário e desnecessário de algemas não se trata de um engano (ilusão) em relação à expectativa da sociedade, mas sim um engano (equivoco) em relação à função das algemas (acerca do significado da palavra “engano” no “Direito penal simbólico”, cf. o subcapítulo “6.3 – O engano sobre o engano”. Importante mencionar que o uso simbólico das algemas é um excelente exemplo de uma manifestação menos corriqueira do “Direito penal simbólico”. Isto porque ao algemar indivíduos inofensivos (sob o prisma da violência física), a ação atinge sua função manifesta de inocuizar o algemado, sendo, dessa forma, instrumental. No entanto, trata-se de uma instrumentalidade carente de necessidade, já que o algemado não representava perigo que justificasse o emprego de algemas. Assim, em tal caso, o excesso de efeitos simbólicos não impedem ou mascaram os efeitos instrumentais e a efetividade, o que costuma ser a tônica do “Direito penal simbólico”. Já foi afirmado que uma ação com excessivos traços de “Direito penal simbólico”, contudo efetiva, não pode ser descartada de antemão. Esse cenário ocorre no exemplo do emprego desnecessário das algemas, que é inaceitável a partir da valoração por outro critério, secundário aos parâmetros de caracterização do “Direito penal simbólico”, que é o critério da necessidade do ato, por meio do qual o emprego disfuncional de algemas é rechaçado, independente de utilização simbólica ou não do ato.

intrínsecas ao Direito penal e torne desnecessário uma avaliação “caso a caso” em busca do “Direito penal simbólico”. Nem ao mesmo no plano normativo isso é possível, já que – conforme foi dito nos subcapítulos referentes às críticas aos róis de DÍEZ RIPOLLÉS e HASSEMER – há determinados gêneros de normas que tipicamente são considerados de “Direito penal simbólico”, mas que, no entanto, podem conter algumas espécies de normas que não são caracterizáveis como simbólicas.

Destarte, o que se pode é criar um rol exemplificativo e generalista, muito distante de exaurir todas as formas de “Direito penal simbólico” e também incapaz de prescindir do exame casuístico das normas. A utilidade desse rol se resumiria a indicar determinados tipos de ações indiciárias de “Direito penal simbólico”, ou seja, categorias em que tal fenômeno costuma ocorrer.

Dando início ao rol exemplificativo pelo âmbito normativo (sem dúvidas, o campo mais profícuo de aparição do “Direito penal simbólico”), é possível lançar mão da tricotomia de Harald KINDERMANN⁴⁶⁰, que divide as normas simbólicas em três categorias, que expõem as funções de cada norma. Por seu turno, a finalidade com que elas são utilizadas está sempre norteadas pela intenção de ganhar prestígio, no sentido *lato* da expressão.⁴⁶¹

Dessa forma, as normas de “Direito penal simbólico” possuiriam as seguintes funções:

- a confirmação de valores e demandas sociais;
- a demonstração da capacidade de ação do Estado;
- o adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Todavia, “o adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios” é um traço essencial à carência da efetividade da norma em termos de duração e suficiência, o que faz com que o status paliativo da norma não seja uma espécie de “Direito penal simbólico”, mas sim uma característica central.

Portanto, lançando mão das duas primeiras categorias: o “Direito penal simbólico” está voltado a confirmar e/ou atender valores sociais e a demonstrar a capacidade de ação estatal. Usualmente, essas duas características se sobrepõem na mesma norma ou ação simbólica. Nesse sentido, é possível pensar num banal exemplo de um exacerbamento de uma

⁴⁶⁰ KINDERMANN, Harald. *Symbolische Gesetzgebung*, 1988, p. 30 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 33.

⁴⁶¹ Cf. o subcapítulo “6.4 - Prestígio e efetividade”.

pena (demanda social alinhada com a confirmação de seus valores punitivistas) que é empreendido logo após um caso de comoção (o Estado demonstra nessa situação sua capacidade de ação).

Há que se ter em conta que o fenômeno do “Direito penal simbólico” exorbita o plano Legislativo e permeia os poderes Executivo e Judiciário.

Nesse diapasão, no que concerne ao plano Executivo, pode-se pensar no já suscitado exemplo do emprego indevido de algemas por agentes policiais em indivíduos que não apresentam risco de fuga ou perigo para a integridade física própria ou de terceiros.⁴⁶² Tal hipótese é um patente exemplo da utilização do sentido simbólico da ação de algemar, que atende ao desejo da sociedade de punição ao suposto criminoso (muito embora o emprego de algemas não seja uma pena).

Outro âmbito de manifestação do “Direito penal simbólico” está no Judiciário, sendo um exemplo disso a exacerbada mediação de processos e, mais especificamente, dos julgamentos. Conforme já foi dito, é prescindível a intencionalidade do autor da ação simbólica. Com isso, afirma-se que nem todos magistrados que permitem a excessiva mediação de um processo podem ser vistos como “juizes-estrelas”, termo que é amplamente utilizado pela doutrina espanhola. Ou seja, nem todos buscam prestígio por meio de suas decisões. Nesse sentido, alguns os magistrados podem até agir com uma boa intenção ao dar publicidade ao processo ou mesmo adquirem prestígio agindo com o mínimo de discricionariedade fundamental a um magistrado.

No entanto, mesmo com intenções legítimas, ou seja, quando inexiste uma intenção de angariar prestígio, os efeitos latentes da excessiva publicização do processo podem ser extremamente perniciosos, pois o componente de engano possivelmente irá operar sobre o imaginário popular. Nesse panorama, os “juízos paralelos”⁴⁶³ (veredictos informais da mídia e sociedade expressados antes ou concomitantemente a um determinado processo) tem enorme potencial para influenciar a decisão de magistrados ou jurados.

⁴⁶² Conforme a Súmula Vinculante número 11 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria e alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

⁴⁶³ Sobre o tema, cf. VEJA RUÍZ, José Augusto de. *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*. Madrid: Universitas, 1998.

Sob o prisma da Psicologia, a sociedade enxerga o “julgamento-espetáculo” como um ritual de imolação do réu como personificação do mal. Nessa situação, a noção de “bode expiatório” ganha contornos claros e o processo – que deveria funcionar como uma materialização de procedimentos que validariam a decisão final e eventual aplicação de sanção penal – acaba se tornando o mecanismo de catarse que deve culminar na condenação como forma de vingança, ou seja, o sentido de retribuição em seu sentido mais vulgar. É simbólico, portanto, porque o julgamento atende aos anseios populares e é interpretado em seu conteúdo latente, de forma errônea, já que ele perde seu sentido de procedimento que visa à decisão do magistrado e se torna um rito cujo desfecho só pode ser o da penalização como representação do mal sendo extirpado do corpo social.

A publicização do processo é uma garantia de sua lisura e é um expediente que pode ser benéfico ao Direito penal. No entanto, há que se ter bom senso na materialização dessa garantia, já que é no seu mau uso que surge a possibilidade de manifestação do “Direito penal simbólico”. A transmissão de um júri popular ao vivo pela televisão parece ser um exemplo de como o princípio da publicidade perde seu sentido quando excessivamente expandido (ainda que com uma intenção legítima, embora, ingênua). Assim, deturpa-se o princípio e cria-se um nefasto espetáculo disfuncional ao Direito penal, que suscita um engano do expectador em relação à função manifesta e legítima do Direito penal.

Nesse sentido, não há a menor evidência de que o temor de ser julgado com transmissão televisiva em tempo real tenha qualquer efeito intimidatório sobre o cidadão. No entanto, não há dúvida de que muitos assistem atentos o julgamento, entendendo-o como uma espécie de um tipo de entretenimento tão em voga na contemporaneidade, que explora a realidade em seus aspectos mais ignóbeis, em busca de suscitar afetos primitivos no público.

No âmbito do Judiciário, alguns magistrados sucumbem à tentação de serem alçados à condição de heróis, “salvadores da pátria”, “baluartes da ética” ou qualquer epíteto pedante conferido em profusão a tais indivíduos. Nesse sentido, quando a biografia e até mesmo a personagem superam o cargo em que o cidadão está investido, há um forte indício de que conteúdos simbólicos atuam intensamente nas decisões de tais magistrados.

Outro elemento indiciário na mesma direção é o teor da decisão, quando mais alinhado ao desejo popular do que à prática habitual, à jurisprudência e até à própria postura do magistrado em outros casos semelhantes. Há que se ter em conta, no entanto, que, ao contrário do magistrado, a opinião pública não tem compromisso com a Justiça, sendo que, nesse

sentido, a história é farta de casos em que a soberana vontade do povo justificou atrocidades.

A verificação do “Direito penal simbólico” numa decisão judiciária ou administrativa dependerá do mesmo exame contextualizado aplicado a uma norma. Como afirmado, o que importa na caracterização de uma ação como de “Direito penal simbólico” não é sua categorização em um rol. O procedimento de avaliação do “Direito penal simbólico” deve ser feito mediante o exame casuístico do ato. Assim, ao invés de avaliar a pertinência de um ato dentro de uma das categorias de “Direito penal simbólico”, avalia-se a pertinência de tal ato em relação ao próprio conceito estabelecido para o fenômeno.

Portanto, a categorização por róis acabaria exigindo o mesmo nível de esforço da classificação dentro do conceito (o exercício de pertencimento de um caso prático passa a se direcionar à definição e não a uma dentre várias categorias de um rol). Há que se ponderar que a classificação por meio do rol é imprecisa e insuficiente, trazendo uma série de problemas que já foram apontados anteriormente.

Dessa forma, a classificação do “Direito penal simbólico” a partir de duas grandes categorias (a “confirmação de valores e demandas sociais” e “a demonstração da capacidade de ação do Estado”, que inclusive costumeiramente são concomitantes em um exemplo prático) serve mais à didática do que detecção do fenômeno na realidade. Para tanto, insiste-se: há que se lançar mão do conceito estabelecido em um exame casuístico.

7 – PONDERAÇÕES ACERCA DE TEMAS ORBITANTES AO “DIREITO PENAL SIMBÓLICO”

7.1 – A proteção de bens jurídicos como referencial

A caracterização do “Direito penal simbólico” a partir de sua carência de instrumentalidade necessita de uma análise mais detida no que concerne ao elemento que serve de referência à aferição de uma norma como instrumental ou não. Tal elemento referencial é o bem jurídico, em verdade, a pluralidade deles, como conjunto de interesses que compõem dentro da realidade o objeto de proteção do Direito penal que, sem qualquer redundância, deve atuar necessariamente na realidade.

Essa última afirmação traz um aparente problema – que merece ser analisado, ainda que em brevíssimas linhas – no que diz respeito à intimidação da pena em abstrato. Isso porque o efeito dissuasório da mera previsão legal é expressivo, ou seja, atua sob a decisão de um virtual infrator. Todavia, cabe clarificar que, mesmo não havendo a aplicação da pena em concreto, o efeito expressivo da intimidação tem efetividade, no sentido de que modifica o comportamento de um indivíduo que agiria de forma distinta sobre a realidade, caso não existisse a sanção penal. Ou seja, a pena não precisa ser aplicada para que o Direito penal seja efetivo.

Este breve parêntesis foi feito para demonstrar que a noção de instrumentalidade na proteção dos bens jurídicos deve ser relativizada, de modo a albergar também as formas de proteção que atuem sobre a discricionariedade do indivíduo, desestimulando sua conduta desviada, sendo que uma dessas formas é a intimidação pela pena abstrata que, sem dúvidas, é a maneira mais eficiente (menos danosa) de se conferir efetividade ao Direito penal.

No entanto, é justamente no etéreo terreno da percepção da norma e seus significados intimidatórios (negativos) e asseguratórios (positivos) que o “Direito penal simbólico” se desvela, alheio à constatação empírica de como e quanto se está protegendo um bem jurídico na realidade.⁴⁶⁴ Nesse diapasão, de acordo com BARATTA, o “Direito penal simbólico” é

⁴⁶⁴ “O que se consegue quando o Direito penal simbólico efetua este engano entre funções latentes e manifestas é

definido basicamente pela utilização inefetiva do Direito penal na proteção dos bens jurídicos. Segundo o autor:

O déficit de tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação no público, de uma ilusão de segurança e um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições, que tem uma base real cada vez mais escassa: em efeito, as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima.⁴⁶⁵

A função do Direito penal deve estar lastreada e limitada, como já foi apontado, à proteção de bens jurídicos⁴⁶⁶, estes que podem ser definidos como “os interesses sociais fundamentais ao livre desenvolvimento individual no âmbito democrático.”⁴⁶⁷ Todavia, qual o significado do bem jurídico como lastro e limite, conforme a afirmação que inicia o parágrafo? Mais além, como assegurar que os bens jurídicos eleitos possuem legitimidade para tanto? A resposta para tais questões está vinculada a dois temas: os interesses fundamentais observados socialmente e a Constituição como critério posto de legitimação do ordenamento penal. Todavia, essas respostas trazem consigo problemas que guardam estreito vínculo com o “Direito penal simbólico”.

Nesse escopo, um bem jurídico só pode ser tutelado penalmente a partir da verificação de sua imperiosidade dentro da dinâmica social para o desenvolvimento e bem-estar dos indivíduos. Todavia, além disso, há que se utilizar a Constituição como filtro, que será permissivo à tutela penal de apenas os bens jurídicos que estejam contemplados em um ou mais de seus dispositivos.⁴⁶⁸ Nessa lógica, todo tipo penal prevê uma ou mais condutas que

que que a pergunta crítica acerca da capacidade real do Direito penal para proteger bens jurídicos nem sequer seja proposta.” HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 36.

⁴⁶⁵ BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal...*, cit., pp. 85-86.

⁴⁶⁶ Nesse escopo, acerca da perspectiva limitadora da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade, pondera Ana Elisa BECHARA: “Assim, embora possa ser considerado em sentido referencial limitado, o bem jurídico segue com importância fundamental no estabelecimento material do delito, permitindo, a partir de sua análise, avaliar a relevância jurídico-penal de determinada conduta. Negar a função limitadora do bem jurídico significa, portanto, esvaziar sua função dogmática, convertendo a estrutura do delito em construção meramente espiritualizada, a possibilitar uma aplicação desmedida e autoritária do direito penal.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 144.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 405.

⁴⁶⁸ “Com efeito, se a partir do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*), consagrado no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, se estabelece a competência do legislador ordinário para decidir pela criminalização da determinada conduta, prevendo a sanção correspondente, referida capacidade nada significa se

afetam de alguma forma um bem jurídico amparado constitucionalmente.

Ressalva-se, no entanto, que a Constituição é utilizada como critério legitimador no sentido negativo, apenas como um rol que limita as possibilidades de penalização. Ou seja, nem todo bem jurídico mencionado na Constituição deve ser automaticamente protegido pelo Direito penal. Apenas os mais fundamentais interesses, desguarnecidos pelas demais instâncias de controle (já que o Direito penal é *ultima ratio*), merecem a tutela penal, desde que após a submissão a um juízo de conveniência e necessidade.⁴⁶⁹

No entanto, esse juízo de conveniência e necessidade é posto de lado em algumas hipóteses em que há uma ordem categórica de criminalização na Constituição, os chamados “mandados criminalizantes constitucionais”, que versam sobre temas que devem ser guarnecidos pelo Direito penal.⁴⁷⁰ Nesses casos, há uma imposição supralegal apriorística a qualquer exame de pertinência da criminalização de uma conduta. Em suma, ela deve ser (se já não é) tipificada.⁴⁷¹

Se os mandados criminalizantes da Constituição forem entendidos como necessariamente obrigatórios, surge um espaço potencial de desenvolvimento do que se concebe como “Direito penal simbólico”, uma vez que algumas normas penais poderão ser totalmente inefetivas na proteção dos bens jurídicos tutelados, mas, ainda assim, estarão no ordenamento em razão de uma ordem constitucional para tanto.

desacompanhada de critérios específicos para a eleição de comportamentos delitivos. Surge daí a relação mais estreita entre direito penal e Constituição, permeada pela política criminal. Nesse sentido, em razão de materializar um consenso social valorativo prévio, a Constituição assume especial relevância, como referencial no processo de criminalização e de descriminalização.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 52. Acerca da Constituição, como critério de legitimação da eleição de bens jurídicos tutelados penalmente, cf. também BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho penal*. Principios y desafíos del *Derecho penal* de hoy. Madri: Iustel, 2012, pp. 24-26.

⁴⁶⁹ Acerca da necessidade do uso do Direito penal, FERRAJOLI leciona: “Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos que as geradas institucionalmente pelo direito penal.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, cit., p. 427.

⁴⁷⁰ Na Constituição Federal do Brasil pode-se apontar, como exemplos de mandados criminalizantes, os incisos XLII, XLIII, XLIV do artigo 5º.

⁴⁷¹ “A partir de referências explícitas no texto constitucional em matéria penal, bem como do entendimento da existência de deveres implícitos de incriminação fundados na consagração de valores fundamentais, defende-se frequentemente o entendimento da Constituição nos sentidos limitador e fundamentador do Direito penal, o que leva à pretensa divisão, no texto constitucional, de dois círculos concêntricos, sendo o mais amplo correspondentes à legitimidade (impondo limites à intervenção jurídico-penal), e o círculo menor voltado à determinação das imposições de criminalização na defesa de bens, interesses e direitos fundamentais. O espaço entre ambos os círculos corresponderia, conforme essa concepção, ao âmbito de liberdade legislativa.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 54-55.

Não se empreende aqui uma análise axiológica dos mandados de criminalização nem da efetividade das normas penais que estão submetidas a eles, sendo que, de fato, os bens jurídicos designados pelos mandados de criminalização da Constituição Federal do Brasil são fundamentais interesses dos indivíduos em sociedade. Contudo, sob o critério da conveniência e necessidade da criminalização de uma conduta, não é possível admitir que de partida o Direito penal seja obrigado a tutelar determinados bens jurídicos – independente da importância deles – sem que se vislumbre a possibilidade de efetividade do Direito penal.

A mera existência de mandados de criminalização implica a aceitação da possibilidade do Direito penal em um escopo meramente simbólico, seja no sentido de atender demandas punitivas de determinados grupos ou mesmo, em uma segunda hipótese que guarda relação com a primeira, de despertar ou fomentar a consciência acerca de um bem jurídico, o que vai na linha do que se entende por Direito penal promocional⁴⁷², o qual, como será demonstrado mais à frente, é notavelmente inefetivo). Nesse diapasão, portanto, o Direito penal pode ser totalmente inefetivo na proteção de tais bens jurídicos, mas suas criminalizações transmitem um significado de “intolerabilidade” das condutas.

Imperioso – finalizando as aproximações entre bem jurídico e “Direito penal simbólico” – mencionar um bem jurídico que vem ganhando contornos cada vez mais peremptórios e que está inteiramente atrelado ao “Direito penal simbólico”, já que está fundamentado na percepção da sociedade e no sentimento coletivo de insegurança.⁴⁷³ No panorama de recrudescimento do Direito penal que vem sendo observado nas últimas décadas, tal bem jurídico está se delineando de forma maciça e um tanto quanto disseminada, fazendo-se notar como interesse antecipado ou concomitante a outros objetos de proteção.

Este novo bem jurídico, ligado à segurança pública⁴⁷⁴, pode ser denominado de “seguridade cidadã”⁴⁷⁵ e está totalmente atrelado à percepção dos riscos (criminalizados e não

⁴⁷² Nesse sentido, alguns autores se alinham em prol da “radicalização do bem jurídico penal, colocando-o absolutamente dependente da materialidade constitucional, propugnando, assim, por uma atuação mais forte do direito penal no terreno da repressão das condutas que lesam bens jurídicos de feição supraindividual. Para estes – e aqui me incluo – o direito penal seria (também) um importante instrumento de transformação da sociedade, espécie de ‘braço armado da Constituição’.” STRECK, Lenio. *O Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=77&Itemid=29>. Acesso em 16 de abril de 2013, p. 5.

⁴⁷³ Cf. SANZ MULAS, Nieves. El derecho penal ante los retos del siglo XXI. In: *Cuadernos de política criminal*, nº 106, vol. I, Madri, 2012, pp. 124-129.

⁴⁷⁴ Acerca do tema e da noção de “bens jurídicos aparentes”, cf. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.) *La teoría de bien jurídico*. Madri: Marcial Pons,

criminalizados) na sociedade e seus efeitos sobre a visão social acerca da violência criminal. Em prol de tal bem jurídico, adianta-se o momento de ação do Direito penal, fazendo-o usualmente lançar mão da tipificação de crimes de perigo abstrato, nos quais condutas muito distantes da lesão ou concreta ameaça a bens jurídicos são penalizadas. Nota-se, nesses casos, que mais do que a proteção a um determinado bem jurídico (por exemplo, a propriedade), o que se busca é zelar pela sensação de segurança da sociedade, que se sente (pensando em termos de uma maioria minimamente homogênea de cidadãos) menos ameaçada com um Direito penal mais expandido, mesmo que isso custe um decréscimo no perímetro de liberdades sem ingerência penal, de que cada cidadão dispõe.

7.2 – Finalidades da pena e “Direito penal simbólico”

Ao longo da história do Direito penal diversas finalidades justificadoras foram sendo incorporadas dentre às possibilidades do uso da pena. Fato é que o tema da justificação das penas é dos mais repisados dentro do estudo Direito penal. Para evitar mais do mesmo⁴⁷⁵, ao invés de aqui se desvelar uma síntese das variadas teorias que justificam a pena (o que não acrescentaria nada de pertinente à discussão dessa temática), buscar-se-á analisar algumas das finalidades da pena (em linhas gerais, a finalidade de retribuição e as finalidades preventivas gerais e especiais) a partir do escopo do “Direito penal simbólico”, o que, *per si*, possivelmente demandará uma breve descrição do que aqui se entende como cada finalidade, dentre as que serão abordada a seguir.

A partir dessa aproximação do tema, inicialmente serão apontadas as eventuais

2007.

⁴⁷⁵ “O que em Direito penal se considera como bem jurídico merecedor de proteção e constitui, portanto, a base das cominações, é consequência de um acordo social normativo, no qual intervém ademais o sentimento de ameaça que existe na população. A violência, o risco e a ameaça são hoje fenômenos centrais da percepção social. Cada vez, com maior intensidade aparece a seguridade cidadã como um bem jurídico.” HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidade*, cit., pp. 39-40.

⁴⁷⁶ Em detrimento de se apresentar apenas mais um resumo das finalidades da pena, o que já ocorre em todos os manuais de Direito penal e quase de forma onipresente nas dissertações e tema dessa área, parece mais profícuo exemplificar algumas obras em que a temática é abordada em alto nível: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho penal: Parte General*. Valência: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 15-20; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 98-121; BUSTOS RAMIREZ, Juan; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90 e ss.

aproximações entre esse fenômeno e certas finalidades, sejam elas consideradas doutrinariamente legítimas ou ilegítimas ao Direito penal (o que na verdade dependerá do ponto de partida dele, ou seja, o que se busca alcançar por meio da utilização do Direito penal). Ao fim desse cotejo e final deste subcapítulo, estabelecer-se-á uma tomada de posição acerca das finalidades atinentes ao “Direito penal simbólico” e também apontar-se-á as finalidades da pena consideradas legítimas a partir do modelo de Direito penal que consideramos ideal, dentro de um modelo de Estado que permita uma política criminal racional, que materialize a pena em uma finalidade legítima em relação aos princípios e garantias do Direito penal.⁴⁷⁷

Feita essa primeira explicação, restam ainda dois pontos que merecem ser tocados *a priori*. O primeiro diz respeito à necessidade de não se perder de vista o comportamento do objeto estudado em benefício de suas classificações. É dizer: a celeuma acerca das finalidades da pena atingiu um nível tão elevado que, não raramente, se olvida o exame da pena em sua aplicação prática. É plausível pensar que a pena sempre teve a mesma serventia (talvez, nenhuma serventia legítima, conforme pensam alguns criminólogos radicais) e, nesse sentido, o que se fez foi construir um intrincado arcabouço de finalidades para a pena, justificada sob os mais diversos âmbitos e aspectos, muitas vezes contraditórios.

Ao se analisar as mais diversas justificativas da pena já elaboradas, é forçoso pensar que elas não abordam o mesmo objeto, tamanha são as discrepâncias entre os fins que são conferidos à pena.⁴⁷⁸ Ainda no século XIX, DURKHEIM já notara que a natureza de uma prática não se modifica necessariamente de acordo com as intenções e justificativas que lhe são conferidas.

À parte da interminável discussão filosófica acerca da percepção de uma realidade, tomar-se-á partido aqui da noção de que o referencial altera o objeto, ainda mais quando se trata de uma abstração, como é o caso do estudo teleológico das penas. Com isso, é totalmente plausível pensar que fenomenologicamente a pena não mudou em sua essência. Todavia, com

⁴⁷⁷ “Todo direito penal materializa determinada política criminal, que depende, por sua vez, dos princípios de organização política próprios do Estado a que corresponde. Dessa forma, a natureza do Estado determina não apenas a finalidade perseguida pela sanção penal como também, no âmbito da busca de efeitos preventivos, condiciona quais são as condutas que se quer evitar e a racionalidade na utilização dos meios de intervenção penal para esse fim.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., pp. 32-33.

⁴⁷⁸ O que parece ocorrer é uma definição de finalidades a partir de pontos de vista distintos da mesma referência, o que é perfeitamente alegorizado pela conhecida fábula hindu, dos cegos tateando um elefante. Cf. BENNETT, Willian J. (org.). *O livro das virtudes II. O compasso moral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, pp. 175-177.

o decorrer do tempo, ela foi se sustentando por diversas teorias que a justificam, recorrendo às mais diversas finalidades, e que a provêm de legitimidade, para que continue sendo utilizada independentemente de sua verdadeira natureza.⁴⁷⁹

O segundo ponto refere-se à terminologia adotada. Nota-se na doutrina, ao se abordar o tema em questão, uma utilização inadvertida de conceitos, sobretudo no uso de fim (ou finalidade) e função, como se sinônimos fossem. Há ainda uma certa confusão entre as finalidades da pena e a finalidade do Direito penal, as quais são distintas, sendo que as primeiras são direcionadas em função da segunda.

Define-se e justifica-se aqui os termos que já têm sido utilizados até o momento e permanecerão sendo empregados pelo restante deste trabalho:

Utiliza-se “finalidade” especificamente em relação à pena (por exemplo, finalidade retributiva ou finalidade preventiva).

A proteção subsidiária de bens jurídicos é definida como “função” do Direito penal.⁴⁸⁰

Por fim, é certo que o Direito penal também possui uma finalidade (até por consequência lógica de ter uma função), todavia, para se evitar a confusão com as finalidades da pena, utiliza-se a expressão “propósito” como sinônimo (sem prejuízo semântico) de finalidade.

Assim, o Direito penal tem por propósito o asseguramento do desenvolvimento harmônico dos interesses individuais dentro da sociedade. Tal propósito é buscado por meio da função de proteção subsidiária dos bens jurídicos, a qual por sua vez depende das penas, que são justificadas por distintas finalidades. Depreende-se dessa trajetória que as finalidades da pena deverão estar de algum modo, mediata ou imediatamente, dentro do espectro da função do Direito penal, vista aqui, dentro de uma perspectiva legitimadora em relação às justificativas das penas.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, livro I. Paris: PUF, 1991, P. 109.

⁴⁸⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., pp. 70-74.

⁴⁸¹ Cabe mencionar que DÍEZ RIPOLLÉS faz uma distinção entre fim (finalidade) e função, em virtude da qual pela primeira se entende os efeitos sociais que se pretendem buscar ao se pôr em marcha determinadas atuações sociais, ao passo que por função se alude aos efeitos sociais que se produzem necessariamente ou com frequência a partir dessas atuações sociais, sejam desejadas ou não. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *El Derecho Penal Símbolo y los efectos de la pena*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.), *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995. Ao que parece, há, em tal distinção (fim e função), uma confusão entre função e funcionamento, sendo esta última palavra melhor empregada no sentido que ele dá a função. Isto porque a palavra função tem o significado de atribuição, de um papel que é estabelecido em razão de um determinado objetivo. Já funcionamento seria o

Feitas as considerações terminológicas, inicia-se o percurso pelas finalidades das penas no “Direito penal simbólico” com a “retribuição”. Independentemente de suas vertentes kantianas⁴⁸² e hegelianas, o traço fundamental do retribucionismo em relação ao “Direito penal simbólico” é o significado de vingança que a pena adquire no imaginário popular. Nesse sentido, o modelo taliônico de Justiça agrada não só pela simplicidade dos seus termos, mas também porque atende a noção de Justiça a partir do “direito de vingança”, que se escora em dois pilares: o merecimento da pena pelo ofensor e também a catarse (individual ou coletiva) obtida por meio da violência sobre aquele que não respeita as normas que compõem o tecido social.

A pena, em relação a sua legitimidade em face da sociedade, pode estar com sua base fincada sobre a retribuição, simbolizada como vingança. Nesse diapasão, é supérflua qualquer tentativa de um exercício hermenêutico que justifique a pena retributiva fora dos parâmetros da vingança. Ainda que se construa a retribuição de um mal como imperativo categórico ou negação da negação (ambas com o fulcro da restituição da Justiça), isso não modificará o sentido retributivo dentro do imaginário popular, o que ocorre por uma razão muito simples: a sociedade entende como justo se vingar de um mal sofrido.

Na justificação da pena, a Justiça adquire aos olhos do público o sentido da vingança. Costumeiro ouvir no discurso de vítimas ou parentes de vítima a seguinte frase: “queremos Justiça!”, comumente acompanhada do sintomático complemento: “queremos que ele(a) pague pelo que cometeu”.

Extirpar da sociedade esse desejo por vingança não parece ser algo plausível,

sentido prática da função, como ela se desenvolve na realidade, podendo decorrer dessa aplicação efeitos desejados ou não, conforme aponta o autor. Por seu turno, SILVA SÁNCHEZ elabora, em uma linha de certa forma próxima a de Díez Ripollés, uma classificação (a qual também não compartilhamos) em relação aos fins e funções do Direito penal, considerando que as primeiras são os ideais justificadores que operam no plano do dever-ser, enquanto as funções são efeitos sociais que podem ser verificados no plano empírico. As três funções que o autor aponta são: a ético-social (ligada à noção de Direito penal promocional); A função de necessidade de psicologia social (vinculada à prevenção geral positiva); e, por último, justamente a função simbólica, que operaria iludindo políticos e eleitores, por meio de significados expressivos de apaziguamento. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 300-310.

⁴⁸² Interessante anotar que a retribuição nos moldes kantianos seria uma espécie de “anti-direito penal simbólico”, já que ela se baseia na instrumentalidade correspondente a aplicação da pena como forma de consecução de um ideal de Justiça, universalizado de maneira que independe da percepção subjetiva dos indivíduos, sendo totalmente desvinculada de critérios expressivos. Obviamente, não é por se tratar de uma posição oposta ao criticado “Direito penal simbólico” que, automaticamente, tratar-se-á do mais adequado argumento legitimador da pena, uma vez que abundam severas críticas ao retribucionismo kantiano, levado pelo filósofo às últimas consequências, para além do absurdo, em observância do imperativo categórico.

tampouco atinente ao Direito penal. De fato, nunca é demais afirmar que o Direito penal serve para a proteção dos interesses da sociedade, não como instrumento oficial de vingança. Todavia, não se vislumbra grandes expectativas de que esse discurso seja apreendido, até porque ele contém um contrassenso, já que a pena retributiva (vingativa) parece ser um interesse social ao qual um Direito penal racional não pode estar disposto a contemplar.

Não se quer com isso apontar qualquer utilidade à vingança, nos moldes, por exemplo, de Gabriel TARDE que faz uma verdadeira “ode ao ódio”, instrumentalizando-o em uma perspectiva utilitarista da retribuição como vingança, ao afirmar que “Quando se cessar de odiar e desinfamar o criminoso, os delitos se desencadearão sem freios.”⁴⁸³

Apenas o que se busca afirmar é que é implausível qualquer esforço especificamente voltado contra o clamor pela vingança.⁴⁸⁴ Esta não deve ser levada em consideração por um modelo racional de Direito penal; no entanto, parece inefetivo tentar demover a sociedade desse sentimento catártico. Só haverá diminuição desse fenômeno como consequência de esforços que tornem o Direito penal mais efetivo, menos seletivo, fazendo com que a ira coletiva não se converta em desejo de retribuição polarizado em alguns indivíduos, que servem de “bodes expiatórios”.

Portanto, essa simbolização da pena pela sociedade não parece ser um aspecto central no câmbio da perspectiva rigorista do Direito penal contemporâneo. Nem ao mesmo pode-se dizer que o efeito da simbolização da finalidade retributiva como vingança seja simbólico, pois o apaziguamento social a partir da aplicação da norma está muito mais ligado ao aspecto da prevenção geral positiva, que, como será visto mais à frente, tem matizes retribucionistas e necessita de um mínimo de instrumentalidade (assegurado pela aplicação de penas) como forma de garantir sua efetividade no campo expressivo, ou seja, no âmbito da percepção da realidade.

Prosseguindo com as finalidades preventivas, não se concebe qualquer leitura que ligue imediatamente o “Direito penal simbólico” à prevenção especial, seja ela negativa ou positiva. Um único ponto que merece destaque na prevenção especial positiva é a concepção da pena como meio de recuperação do detento (cinicamente denominado em algumas prisões como “reeducando”).

⁴⁸³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, cit., p. 293.

⁴⁸⁴ Em posição antagônica, cf. FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123 e ss.

O discurso justificador do Direito penal implementou um giro no status da pena, que saiu do âmbito do poder de punir para o da obrigação em ressocializar o criminoso, ou seja, “se renuncia ao direito de castigar em prol do dever de socializar”⁴⁸⁵. Todavia, ao se submeter o criminoso à privação de liberdade, o discurso ressocializador torna-se notadamente falacioso⁴⁸⁶, já que, sob o véu da benevolência do ato de tentar reinserir um delinquente ao corpo social, aplica-se sobre ele uma pena, concomitantemente entendida também como retribuição, inocuização, e até mesmo guardando aspectos de suplicio.

Assim, o discurso da pena privativa de liberdade ressocializadora é simbólico, em razão de sua carência de efetividade, mas também em virtude da imposição do padrão social sobre o desviado. Nesse sentido, “ressocializar o delinquente sem questionar as estruturas sociais a que se pretendem incorporar, significa pura e simplesmente aceitar como perfeita a ordem social vigente sem questionar sequer a estruturas mais diretamente relacionadas com o delito cometido.”⁴⁸⁷ Esse processo de normalização do delinquente guarda em si um significado simbólico de reforço dos valores vigentes como corretos e, mais do que isso, fundamentais, já que se utiliza o instrumento mais gravoso do qual o Estado dispõe para que todos os indivíduos se modelem conforme o *status quo*.

Por outro lado, a finalidade de prevenção geral positiva, que busca a estabilização da confiança no ordenamento por meio da norma é, sem sombra de dúvidas, o ponto nevrálgico do “Direito penal simbólico” em sua relação com as finalidades da pena, ao menos no que concerne àquelas que são pontuadas como legítimas.

A vigência dos valores estabelecidos no ordenamento por meio do Direito penal necessita de um constante processo de confirmação pela sociedade, cuja confiança sobre o arcabouço normativo serve de referencial para a calibração da aplicação do Direito penal. Tal critério padece de uma enorme volatilidade, inexistindo qualquer garantia de que a percepção da realidade por parte da sociedade não esteja totalmente descompassada. No caso da utilização do “Direito penal simbólico”, esse descompasso ocorre justamente por meio da operação das normas penais em seu escopo expressivo sobre a sociedade.

⁴⁸⁵ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982, p. 74.

⁴⁸⁶ Acerca da falácia da prevenção geral positiva, vide BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal..., cit., p. 77; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 94-95.

⁴⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 97.

A relação entre “Direito penal simbólico” e finalidade de prevenção geral positiva merece uma análise detida. Em razão disso, esse tema será retomado no subcapítulo posterior, sendo que neste momento a menção a tal finalidade serve apenas de subsídio para a progressão da análise do “Direito penal simbólico” com as finalidades da pena, que será concluída (no âmbito das finalidades preventivas) com a prevenção geral negativa.

A prevenção geral positiva é (ou ao menos deve ser) a finalidade precípua da sanção penal. Não à toa, segundo FERRAJOLI, a prevenção geral positiva seria um pleonismo da própria norma penal, uma vez que ele afirma que “dizer que a proibição penal tem a função de dissuadir equivale a dizer que uma prescrição possui a função de persuadir.”⁴⁸⁸

Um aspecto importante da teoria do “Garantismo”, concebida pelo autor italiano, reside na ideia de que o Direito penal é construído para atuar em duas frentes: como dissuasor de condutas ofensivas a bens jurídicos tutelados e também como limitador da discricionariedade das vinganças e justiçamentos, bem como da reação estatal contra uma ofensa (na linha da célebre frase de VON LISZT que afirma que “o Código Penal é a Carta Magna do delinquente”).

FERRAJOLI aponta a prevenção geral negativa como a única a ser considerada como legítima dentro do Direito penal mínimo. Não se compartilha aqui tal posição integralmente, pois, conforme, será demonstrado no próximo subcapítulo, o aspecto de provisão de confiança na norma, característico da prevenção geral positiva, é essencial à vida em sociedade, embora não reste dúvidas que ele deva ser secundário no Direito penal, em posição subsidiária à intimidação obtida pela prevenção geral negativa.

Em que pese não ser a única, a prevenção geral negativa é seguramente a finalidade preponderante da pena, restando eventualmente às demais um caráter subsidiário, sendo elas legítimas apenas pontualmente e até mesmo em consequência da irradiação dos efeitos da dissuasão pela norma. Um exemplo desse efeito em cascata suscitado pela prevenção geral negativa é, em um plano ideal, a diminuição da violência criminal (em razão da intimidação pela sanção) que poderá ser percebida pela sociedade, desencadeando um acréscimo na confiança do ordenamento, ou seja, o asseguramento do arcabouço normativo vigente, justamente a finalidade buscada pela prevenção geral positiva.

A pena como intimidação está totalmente ancorada sobre a noção utilitária de que se

⁴⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, cit., p. 258.

trata de um mal (ou ao menos a ameaça de um mal), como forma de se evitar males ainda maiores, direcionadas a bens jurídicos essenciais aos indivíduos em sociedade. Apesar de soar contraditório, o Direito penal utiliza da violência como forma de se evitar mais violência⁴⁸⁹, ou, ao menos, de se evitar determinados tipos de violência; ou seja, a pena como forma de evitar a lesão contra determinado interesse.⁴⁹⁰

SILVA SÁNCHEZ aponta ser preferível que a prevenção geral negativa seja efetiva com a mera cominação da pena abstrata, justamente por se tratar de uma simples ameaça penal, portanto, um mal menor que a imposição. Por outro lado, ao se aplicar uma pena imposta, torna-se claro o parcial fracasso do Direito penal em conseguir dissuadir o cometimento de novos delitos.⁴⁹¹ De fato, não se objeta que a intimidação pela mera ameaça é muito menos danosa do que a aplicação da pena no caso concreto.

No entanto, há que se ressaltar que o “Direito penal simbólico” é justamente uma distorção dessa ideia, já que há uma pretensão de dissuasão por meio do recrudescimento penal. Todavia, os crimes continuam ocorrendo, enquanto se transmite abstratamente uma noção de segurança deturpada. Nesse sentido, é possível que seja imprescindível a aplicação das penas em casos concretos como meio objetivo de diminuição da impunidade, o que suscitaria, subjetivamente, um efeito intimidatório da pena abstrata.

Por fim, cabe citar que, para além das finalidades já esboçadas, há uma outra perspectiva da pena que a coloca como instrumento de dominação e manutenção do *status quo*. Juarez Cirino dos SANTOS leciona que:

A contribuição do marxismo, por meio da Criminologia Radical evidencia que a pena (e em especial a pena privativa de liberdade), serve perfeitamente à manutenção da sujeição inerente a este sistema, o qual é historicamente fundado no binômio cárcere – fábrica (fábrica para aqueles que se sujeitam às condições impostas – como instrução, submissão, etc – e cárcere para os marginalizados). Desta forma, a verdadeira função resume-se a reproduzir as relações sociais de dominação de classe, o que ocorre de três modos: pela

⁴⁸⁹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 294.

⁴⁹⁰ “Falar de direito penal é falar, de um modo ou outro, sempre da violência. Violentos são geralmente os casos dos quais se ocupa o Direito penal (roubo, assassinato, violação, rebelião). Violenta também é a forma com quem o Direito penal soluciona estes casos (cárcere, manicômio, suspensões e inabilitações de direitos).” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 04.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 319.

retribuição (determinada pelo tempo de contingência do indivíduo), pela prevenção especial (disciplinando o condenado na ideologia oficial) e pela prevenção geral (pela preservação da ordem social fundada na relação capital - trabalho).⁴⁹²

Necessário clarificar que a finalidade da pena mencionada pelo autor no excerto seria melhor compreendida (ao menos na classificação adotada aqui) por “função do Direito penal”, até porque, as finalidades da pena (conforme o exemplo do próprio trecho extraído) são todas utilizadas de certa forma nessa configuração do Direito penal que “funciona” como instrumento de dominação.

Essa escusa função do Direito penal é totalmente implícita, jamais assumida no discurso oficial, embora seja instrumental, já que atua na realidade assegurando a manutenção da conformação da sociedade. Trata-se de uma função estabelecida nos recônditos do Direito penal, mais oculta até mesmo do que a função do “Direito penal simbólico”, que poderia ser menos notável por não ser instrumental, mas sim, expressiva. Todavia, o “Direito penal simbólico” atua mimetizando a função manifesta do Direito penal, ou seja, age sobre a percepção da sociedade em relação à proteção de seus interesses. Nesse sentido, a farsa do “Direito penal simbólico” serviria para assegurar expressivamente as demandas de proteção de bens jurídicos que careceriam de instrumentalidade, já que na realidade, instrumental seria a função do Direito penal como ferramenta de resguardo da ordem social vigente, daqueles na posição superior na luta de classes.

7.2.1 – A proeminência da prevenção geral positiva no “Direito penal simbólico”

A afirmação que intitula este subcapítulo demonstra que o “Direito penal simbólico” está alinhado a uma finalidade específica da pena, qual seja a da prevenção geral positiva (também denominada de prevenção geral integradora). Há que se verificar, inicialmente, qual é a justificativa que explica a desnaturalização dessa finalidade em direção ao uso ilegítimo da

⁴⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 23.

linguagem simbólica no Direito penal.

Além disso, também faz-se imperioso analisar quais as consequências dessa propagação do “Direito penal simbólico” em direção ao plano dogmático, levando em consideração que uma das vertentes teóricas de maior vulto no Direito penal contemporâneo, denominada de “Funcionalismo radical”, alicerça a pena sobre a prevenção geral positiva, sendo necessário observar os efeitos da aplicação prática dessa teoria.

Nesse sentido, há que se indagar, levando em conta o plano de aplicação das normas⁴⁹³, se é possível construir uma dogmática escorada sobre tal finalidade integradora sem que ela seja impregnada do “Direito penal simbólico” ou este fenômeno é uma consequência inafastável de um Direito penal que sanciona tendo por fim primordial a estabilização da confiança normativa, conforme apregoa teorias que se sustentam na prevenção geral positiva. Ao que parece, esta segunda possibilidade avulta como extremamente plausível, conforme será visto mais adiante.

De início, importante aprofundar o conceito de prevenção geral positiva, já abordado, *en passant*, anteriormente.⁴⁹⁴

Francisco MUÑOZ CONDE aponta uma peculiaridade da norma penal, que é seu caráter contrafático. Nesse sentido, uma vez descumprida, ela não perde sua vigência, sendo justamente nesse momento que a contrafação da norma sai de seu estado de latência, por meio da sanção que reafirma a vigência da norma inobservada.⁴⁹⁵ A manutenção dessa espécie de gatilho que restitui a vigência do comando normativo é justamente o cerne da finalidade preventiva geral positiva do Direito penal. A justificativa da importância da proteção desse mecanismo é a ideia de que as expectativas do corpo social acerca do ordenamento devem se manter resguardadas. Isto possibilita que os cidadãos ajam socialmente imbuídos de confiança em relação a terceiros, no sentido de que estes não atentarão contra seus interesses protegidos penalmente, em virtude da vigência do ordenamento.

Como o próprio nome prevenção geral positiva já designa, trata-se de um efeito “preventivo geral”, porque se direciona a todos os indivíduos. Por outro lado, é “positiva”, uma vez que não se alicerça no temor da sanção (não sendo dissuasória como a prevenção

⁴⁹³ Levando em consideração que a realidade de aplicação é de um Estado democrático de Direito em que haja respeito aos princípios e garantias do Direito penal.

⁴⁹⁴ Cf. o subcapítulo “7.2.1 – A proeminência da prevenção geral positiva no “Direito penal simbólico””.

⁴⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 23.

geral negativa), mas sim no efeito benéfico ao corpo social, de confiança em razão do asseguramento da vigência da norma. Alessandro BARATTA ensinava que a finalidade da pena não se dirige aos infratores, sejam eles atuais ou potenciais, mas sim aos cidadãos fiéis à lei, com o condão de reforçar a validade das normas, restabelecendo a “confiança institucional” atingida em razão da percepção de um desvio à ordem estabelecida.⁴⁹⁶

Fundamental, ao abordar a prevenção geral positiva, mencionar o pensamento do jurista alemão Günther JAKOBS, mais insigne teórico do Funcionalismo radical, concepção dogmática extremamente debatida nas últimas décadas. Isto porque a prevenção geral positiva ganha enorme relevo dentro de tal teoria, alçada à finalidade precípua do Direito penal.⁴⁹⁷ Nesse escopo, “a punição não pretende combater as lesões a bens jurídicos, mas sim confirmar simbolicamente a norma e criar e reforçar o consenso entre os membros da sociedade.”⁴⁹⁸

Influenciado pela proposição sociológica de Niklas LUHMANN, denominada de “Teoria dos sistemas”, JAKOBS confere status ontológico ao homem dentro do plano social apenas mediante sua comunicação. Há que se entender, então, que na sociedade, concebida como um intrincado plexo comunicativo, o significado do desvio ao comando normativo comunica uma afronta a vigência de seu conteúdo, que necessita ser restaurada por meio de uma contrafação⁴⁹⁹, o que ocorre por meio da sanção, reestabelecendo-se, assim, o sistema jurídico, imprescindível para que a sociedade desenvolva seus mais diversos interesses.

Pensando a partir do prisma comunicativo, a violação das normas significaria um

⁴⁹⁶ Cf. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal...*, cit., pp. 83-84.

⁴⁹⁷ Acerca da prevenção geral positiva no funcionalismo radical, cf., por exemplo, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*. Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de Joaquín Cuello Contreras. Madri: Marcial Pons, 1995 pp. 14 e ss.; JAKOBS, Günter. *Culpabilidad y prevención*. Tradução de Carlos Suárez Gonzales In: *Estudios de derecho penal*. Madri: Civitas, 1997, p. 79.; JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, Madri: Civitas, 1996, p. 18 e ss.

⁴⁹⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.), *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995, p. 15. Cf. ainda a crítica de Jorge de Figueiredo DIAS à “exasperada normativização de JAKOBS”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 106.

⁴⁹⁹ Esse mecanismo contrafático pode ser dicotomizado em três movimentos: o da imposição de uma norma decidida como vigente; o desvio de um indivíduo à prescrição de tal norma; a reafirmação da vigência da norma por meio de sua sanção. Observa-se um notável paralelo entre essa concepção da finalidade da pena (ainda que em termos preventivos), com o retribucionismo hegeliano, especialmente no que diz respeito à sanção como “negação da negação”, conforme expressão cunhada por Eduard GANS, discípulo de HEGEL. Não à toa, o funcionalismo sistêmico é tachado de “neoretribucionista”, utilizando um discurso preventivo enquanto lança mão de expedientes atinentes ao retribucionismo.

ataque à própria configuração social.⁵⁰⁰ Portanto, para a teoria sistêmica aplicada ao Direito penal, o delito não é mais do que a expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao sistema social. A pena simboliza a superioridade do sistema, que é evidenciada por meio da reação a uma infração normativa.⁵⁰¹

SILVA SÁNCHEZ observa três aspectos na função de prevenção geral, dentro dos moldes do Funcionalismo Radical (ou Funcionalismo Sistêmico) jakobsiano: o exercício da confiança na norma (aspecto mais evidente); o exercício da fidelidade ao Direito (o qual teria matizes promocionais, em virtude do despertar da consciência em observar as normas vigentes, porém, a efetividade desse traço seria extremamente duvidosa, quiçá inexistente ou, ao menos, dificilmente verificável); o exercício de aceitação das consequências (ou seja, a noção da intransigente efetividade da sanção perante a inobservância da norma, o que é um incontestável devaneio dogmático, ao menos se lançarmos olhar para a cifra de impunidade de países como o Brasil).⁵⁰² O jurista ainda aponta para a função intimidatória, como um efeito secundário da penalização, não como sua missão, dentro do escopo da prevenção geral positiva.

Interessante apontar que na mesma linha, ou seja, colocando a intimidação como um efeito subsidiário da pena, DURKHEIM já afirmava que ela não serve, ou só serve muito secundariamente, para corrigir um culpado ou para intimidar seus possíveis delinquentes; deste duplo ponto de vista, a sua efetividade é duvidosa e, em ambos os casos, medíocre. A sua verdadeira função está em manter intacta a coesão social, mantendo toda sua vitalidade à consciência comum.⁵⁰³

⁵⁰⁰ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 74-76. O tema é especificamente abordado pelo Günther JAKOBS em: *O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?* Tradução de Nereu José Giacomolli. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs.), *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁵⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 25-26. O autor prossegue, ainda à página 26, reprovando a utilização de uma leitura da Teoria dos Sistema aplicada ao Direito penal: “A teoria sistêmica representa uma descrição asséptica e tecnocrática do modo de funcionamento do sistema, mas não uma valoração e muito menos uma crítica de tal sistema. (...) No limite, a teoria sistêmica conduz à substituição do conceito de bem jurídico pelo conceito de funcionalidade do sistema, fazendo com que a ciência do Direito penal perca seu último ponto de apoio à crítica do Direito penal positivo”. Na mesma esteira, Ana Elisa BECHARA adverte “não haver nos pressupostos sistêmicos nenhum conteúdo ou orientação político-criminal além da própria ideia de autoconservação do sistema, que pode corresponder a qualquer modelo de Estado. E, na verdade, a prevenção geral positiva fundamentadora adotada por JAKOBS acaba por levar à ampliação da resposta do direito penal diante dos problemas sociais, revelando-se contrária à ideia de intervenção mínima nessa esfera.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 297.

⁵⁰² Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 369.

⁵⁰³ DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, cit., p. 104. Na mesma página, o autor faz uma

É justamente nessa configuração de proeminência da prevenção geral positiva em detrimento da negativa que o rigorismo penal encontra terreno fértil para germinar. As penas não são estabelecidas a partir do parâmetro da sua efetividade e conveniência (pensados racionalmente a partir das garantias balizadoras do Direito penal), mas a partir da percepção da realidade pela sociedade e na medida do necessário ao reestabelecimento na confiança no ordenamento. Nesse diapasão, abaixo o exemplo suscitado por SILVA SÁNCHEZ, que serve de deixa para uma determinação mais pormenorizada do desenvolvimento do “Direito penal simbólico”, a partir da prevenção geral positiva:

Assim, por exemplo, agravações de uma determinada pena em cinco anos, que, desde a perspectiva intimidadora – como demonstrado por análises empíricas – devem ser consideradas completamente irracionais, podem tranquilizar a sociedade em geral, ou a certos grupos afetados ou especialmente conscientes ao problema, contribuindo, dessa forma, para o restabelecimento da confiança no ordenamento jurídico.⁵⁰⁴

A finalidade preventiva geral positiva da pena está intimamente relacionada com o “Direito penal simbólico”, pois as normas características deste funcionam como elemento de sustentação e, sobretudo, de recuperação da confiança da população no ordenamento. O Direito penal é confirmado em seu plano expressivo, ainda que instrumentalmente ele permaneça sendo violado com intensidade e frequência, em patamares sempre muito semelhantes, independente de qual seja a modificação legislativa. Isso se dá porque essa mudança, quando simbólica, ocorre isoladamente, sem uma preocupação centralizada em sua instrumentalidade (em termos simples, em como “a lei pode sair do papel”), uma vez que a intenção é agir sobre a percepção da realidade, em outras palavras, fazer com que a coletividade vislumbre a lei como funcional e confiável, ainda que na prática ela não seja.⁵⁰⁵

significativa afirmação: “a punição está sobretudo destinada a atuar sobre as pessoas honestas; pois, uma vez que serve a curar as feridas causadas nos sentimentos da coletividade, não pode tampouco desempenhar este papel, senão onde existem tais sentimentos.”

⁵⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 484-485.

⁵⁰⁵ Em mesmo tom: “A função simbólica está em um nível diferente da função instrumental, por isso ainda que nunca se imponha uma pena, segue a função simbólica: a força e o poder do símbolo não desaparecem pela ausência da aplicação da pena. Isso explica, por exemplo, que mesmo que os partidários de uma proibição radical do aborto, soubessem (e sabem) que na Espanha se cometiam (e se cometem) entre 200.000 e 300.000 abortos anuais e que só se iniciavam (e se iniciam) processos que se poderiam (e se podem) contar com os dedos da mão, ainda assim eles insistiriam (e insistem) na proibição absoluta. Trata-se de manter a autoconstatação do

O grande problema do parâmetro utilizado pela prevenção geral positiva é que, no imaginário popular, quanto mais rigorosa é a pena e mais sumário o processo, mais confiável e funcional o ordenamento parece ser⁵⁰⁶. Não à toa, portanto, o “Direito penal simbólico” se propaga dentro do terreno de uma dogmática voltada à prevenção geral positiva, bem como de uma política criminal caracterizada pelo rigorismo e emergência penal.⁵⁰⁷

Ao se buscar sustentar a finalidade preventiva geral positiva da pena, há que se indagar para que serve, de acordo com o pensamento da sociedade, o Direito penal, pois é a percepção do ordenamento que conduzirá a configuração das penas em virtude do processo de restabelecimento da confiança no ordenamento, fundamental à prevenção geral positiva. Parece claro que a sociedade enxerga e clama por um Direito penal voltado (em termos preventivos) à inocuização e também, mais além da retribuição, à vingança institucionalizada.

Portanto, se o Direito penal for moldado conforme as expectativas sociais acerca do ordenamento, sua direção inevitavelmente apontará para um processo paulatino de recrudescimento, que não demonstra qualquer perspectiva de regressão, já que, de acordo com o que demonstra a história do Direito penal, a violência e, mais especificamente, a violência criminal não serão reduzidas por meio desse endurecimento. Por conseguinte, a vigência da normas permanecerá sendo violada e a confiança social no ordenamento cada vez mais ficará condicionada a um Direito penal cada vez mais severo, em busca do inatingível mito da proteção, esta que é o “Santo Graal” da “Sociedade de risco”.

Diante desse panorama, para todos aqueles que creem no Estado Democrático de

sistema. Qual é o sentido dessa função simbólica da proteção dos bens jurídicos? Um significado seria a prevenção geral integradora, isso, a reafirmação no indivíduo da consciência jurídica nos valores do sistema. Logo, uma reinterpretação preventivo geral integradora da proteção de bens jurídicos resulta antidemocrática e, portanto, uma função simbólica negativa. Na medida em que se imponha a pena em razão desta dimensão da função simbólica se está afetando os limites materiais da intervenção punitiva do Estado, já que a proteção de bens jurídicos deve ser entendida dentro dos limites da necessidade da pena e da dignidade da pessoa.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, cit., p. 103.

⁵⁰⁶ Os capítulos “4 - O cenário da insegurança epidêmica: a Sociedade de Risco” e “5 – A mídia como veículo catalisador da insegurança coletiva” investigarão as razões dessa concepção comungada pela sociedade.

⁵⁰⁷ Cabe fazer referência a uma aguda crítica que amplia o foco de observação dessa proposta dogmática para além do âmbito do Direito: “O formalismo jurídico de Kelsen, o formalismo sociológico de Luhmann, o normativismo de Jakobs representam o melhor exemplo da pós-modernidade de um Direito neutro que perpetua as relações econômicas, sob uma aparência de igualdade formal. É possível que a ideologia oculta que fundamenta o Direito seja para eles a neutralização do conflito de classes, e que não reste outra alternativa que os criterios de legitimação externos ao Direito e sua substituição pelo autoreconhecimento normativo que encontra em si mesmo o fundamento material da norma.” SERRANO-PIEDCASAS, J. R.; DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (orgs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009, p. 1771.

Direito – com um Direito penal mínimo, norteado pela Constituição Federal, limitado pela teoria dos bens jurídicos e hegemônico quanto às suas garantias – a realidade é preocupante. Isto porque, ainda que com uma grande expansão de medidas simbólicas, de cunho populista, a sensação de insegurança da sociedade não parece sofrer decréscimos, o que pode dar ensejo a resoluções ainda mais severas e desproporcionais; ou seja, os legisladores podem persistir no erro (intencional ou não) com mais afinco, agravando o “expansionismo” penal.⁵⁰⁸

Juarez TAVARES discorre sobre até onde o Direito penal é dilatado em prol da “segurança” da coletividade, falácia que encobre o processo de perpetuação e aumento do controle sobre a sociedade, sendo que a noção de proteção é sublimada, simbolizada e introjetada de tal forma nos indivíduos, que ela se torna uma necessidade de primeira ordem, ainda que jamais atingível (pois intangível) por meio dos expedientes utilizados, especialmente o Direito penal:

Primeiramente, convola-se o sólido (dano) em gasoso (o perigo concreto); depois, desaparece o gasoso e entra o imaginário (o perigo abstrato); finalmente, o imaginário se transmuda de projeção de uma atividade para uma simples expectativa (a estabilidade da norma). A diluição mais intensa do mito (da proteção), no entanto, não o enfraquece. Ao contrário, quanto mais o distancia de um processo possível de apreensão, mais o torna invulnerável.⁵⁰⁹

O Funcionalismo radical – calcado sobre a finalidade de prevenção geral positiva da pena – ainda que meticulosamente estruturado no plano do dever-ser, não se sustenta em um Estado democrático de Direito, em que haja a observância das garantias do Direito penal, o qual deve estar voltado à proteção de bens jurídicos essenciais à existência e desenvolvimento da sociedade. A finalidade da pena nessa teoria deve estar alinhada com a dinâmica da confiança social perante as normas, parâmetro que fatalmente leva o Direito penal para além de seus limites calcados em princípios e garantias, em prol de uma calibração entre a expectativa social e o ordenamento.

⁵⁰⁸ Acerca do tema, cf. o subcapítulo “4.3.3 – A hiperinflação legislativa”.

⁵⁰⁹ TAVARES, Juarez. Mito e Ideologia: objetos não manifestos do Direito Penal, in: COUTINHO, Jacinto Nelso de Miranda (org.), *Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 168-169.

Assim, por mais que no plano teórico o funcionalismo radical – muitíssimo bem arquitetado sob o aspecto lógico-jurídico – dificilmente possa ser confrontado, ele peca por um grande detalhe, sua aplicação à realidade. Nesse escopo, ele faz parte de um enorme rol de conceitos aprioristicamente brilhantes que foram construídos nas mais diversas áreas do saber, os quais compartilham de uma mesma verdade: o grande problema da teoria é a prática.

Acerca do significado da efetividade no termos da prevenção geral positiva, SILVA SÁNCHEZ aduz que é possível pensar, dentro do prisma do “Direito penal simbólico”, em leis que, sem aplicação (no sentido de imposição da sanção), sejam capazes de produzir efeitos de “integração” na população. Todavia, o jurista espanhol observa que, segundo a doutrina da prevenção geral positiva, não basta exclusivamente a reafirmação da norma apenas com a modificação em seu conteúdo positivo. Necessário também que a pena seja percebida como um mal, um sofrimento para o delinquente.⁵¹⁰

Disso decorre um problema central, já mencionado anteriormente, do uso do “Direito penal simbólico”: o processo de rigorismo penal contido nas mudanças legislativas de caráter simbólico não está totalmente reduzido ao plano abstrato. Há uma necessidade de um mínimo de instrumentalidade do Direito penal para a consecução da finalidade de prevenção geral integradora. Assim, alguns indivíduos (e é aí que surge a questão da seletividade e eleição dos “bodes expiatórios”) são apenados, de modo que a sanção seja percebida como vigente. Por meio do expediente da utilização dos “bodes expiatórios”, o inefetivo e irrazoado sistema penal pode se abster de punir determinados cidadãos, já que pune com dureza exemplar outros tantos.⁵¹¹

Para ROXIN, “leis penais simbólicas, que são aquelas que, primariamente, não previnem danos, mas querem demonstrar um compromisso do legislador com determinados valores ou finalidade, não punem lesões a bens jurídicos.”⁵¹² “São leis que perseguem fins extrapenais, com a tranquilidade do eleitorado ou a apresentação de uma boa imagem do

⁵¹⁰ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 371-372.

⁵¹¹ “Quanto mais exigentes se formulem os fins preventivos da pena (ressocialização do delinquente; intimidação da capacidade delitiva; reafirmação das normas fundamentais), quanto mais extensos sejam os fins da pena, mais claramente aparece seu conteúdo simbólico: persegue-se com a ajuda de uma intervenção instrumental do Direito penal (em certo modo de acordo com tal prática) a transmissão (cognitiva e emotiva) de uma mensagem de uma vida fiel ao Direito.” HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 26.

⁵¹² Cf. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: *O Bem Jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Estado.”⁵¹³ No entanto, tais fins extrínsecos ao Direito penal aparentam estar vinculados à finalidade preventivo geral positiva, já que “a tranquilidade do eleitorado ou a apresentação de uma boa imagem do Estado” depende da confiança e aprovação da sociedade em relação às normas e, como consequência desse ordenamento confiável, ter-se-á tranquilidade social e boa imagem do governo, o que poderá proporcionar um saldo eleitoral positivo.

Por fim, importante destacar que a problemática acerca da finalidade de prevenção geral positiva se torna ainda mais intrincada com a aceitação, que nos parece correta, de que tal finalidade possui importância dentro do Direito penal⁵¹⁴. Ou seja, como mensurar sua dimensão legítima e conveniente aos interesses da sociedade? Ana Elisa BECHARA delinea um ponto de partida para a limitação da prevenção geral positiva:

A proteção da vigência das normas (entendidas como expectativas sociais institucionalizadas) deve ser mesmo um fim a ser legitimamente buscado pelo direito penal, inclusive no contexto de um Estado Democrático de Direito. Tal proteção da segurança cognitiva é, porém, necessariamente relacionada à concreta proteção das condições materiais garantidas no âmbito jurídico, entendidas como interesses do indivíduo para seu livre desenvolvimento, pois são essas condições, e não a estabilidade das normas, que as garantem. (...) No entanto, se é verdadeiro afirmar que a proteção de bens jurídicos implica o respeito e, assim, a proteção da vigência das normas que os garantem, o contrário não se dá necessariamente, vale dizer, a proteção da vigência das normas não implica, por si, a efetiva proteção de bens jurídicos, mas apenas a crença de que isso ocorre. Conclui-se que a função primordial do direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos,

⁵¹³ ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? Tradução de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *Las jornadas desde la perspectiva de un partidário del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 451.

⁵¹⁴ Mais além de acreditar exclusivamente na bondade intrínseca, na moralidade do próximo ou algo do gênero, é a partir do assecuramento promovido por controles jurídicos, sobretudo pelo Direito penal, que os cidadãos confiam que poderão sair de casa sem serem vitimados por um crime, ainda que essa confiança seja débil, em razão do notório cenário de insegurança coletiva que marca a contemporaneidade. Além da confiança coletiva no adequado comportamento de terceiros, em virtude da vigência do ordenamento, BUSTOS RAMÍREZ aponta uma outra razão que confere importância à prevenção geral positiva, ligada à isonomia na punição: “A prevenção geral positiva pode servir exclusivamente para encobrir a falta de capacidade do Estado para a resolução de um problema, dando a sensação ao cidadão de que existe preocupação em relação a ele, não obstante a realidade seja outra, na qual subsiste o problema e até mesmo seu aprofundamento. Porém, pode ter também um efeito positivo, quando permite dar uma determinada sensação de igualdade entre os cidadãos, isto é, de que também aqueles que sustentam o poder podem ser submetidos à justiça. Em outras palavras, os débeis não restam abandonados às suas sortes no sistema.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, cit., p. 101.

possuindo papel apenas complementar e mediato a tutela da segurança cognitiva a eles relacionada.⁵¹⁵

Conforme se depreende do excerto, a prevenção geral negativa tem por consequência natural (embora não necessária⁵¹⁶) a prevenção natural positiva, todavia, a recíproca não é verdadeira. Como regra, a convicção de que terceiros temem a sanção (portanto são dissuadidos pelo Direito penal) gera a confiança de que as normas penais que protegem distintos bens jurídicos serão observadas, notando-se dessa maneira uma relação de causa e efeito que se origina na efetividade dissuasória e, por conseguinte, na modificação da realidade a uma perspectiva que resultaria em menos violência criminal. A partir disso, ocorre uma modificação na percepção (corretamente alinhada com o plano empírico) da realidade, vislumbrando-se de fato que o ordenamento está protegendo de forma mais incisiva os bens jurídicos penais, sendo, por tal razão, mais confiável.

Portanto, a prevenção geral positiva é finalidade legítima ao Direito penal, desde que em uma posição subsidiária à finalidade de proteção de bens jurídicos, incumbida ao Direito penal, também subsidiariamente, dada sua perspectiva de *ultima ratio*. Ou seja, a prevenção integradora, em um Estado democrático de Direito, somente pode ser albergada como uma finalidade secundária de um instrumento subsidiário (o Direito penal como derradeiro recurso de proteção de interesses sociais).

7.2.1.1 - O Direito penal promocional

Tal qual ocorre no “direito penal simbólico”, o fenômeno denominado de Direito penal promocional reflete uma tendência do uso do Direito penal para a consecução de uma

⁵¹⁵ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 75-76. Conclui, na mesma linha, Rafael ALCÁCER GUIRAO, também citado pela jurista brasileira: “O Direito penal só pode assegurar ao cidadão que seus bens não serão atacados na medida em que articule meios para proteger esses bens. (...) Em conclusão, o fim preventivo do Direito penal radica primordialmente na proteção de bens jurídicos, e só secundariamente na proteção da vigência da norma; fins intimamente vinculados funcionalmente, ainda que não completamente recíprocos.” ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p.284-285.

⁵¹⁶ A percepção da realidade não está necessariamente alinhada com a realidade, é dizer, é possível que em um cenário em que não haja crimes nem ameaças, as pessoas se sintam inseguras, em razão de algum tipo de afetação subjetiva, extrínseca ao que está ocorrendo objetivamente.

finalidade não convencional, ao menos não prevista dentre o rol de fins considerados legítimos ao Direito penal. Outra similaridade é que uma norma só pode ser eminentemente simbólica ou eminentemente promocional, ou seja, não é concebível que um tipo penal seja exclusivamente promocional, mas sim que tenha excesso dessa função.

A concepção promocional do Direito penal faz com que este exorbite sua função protetiva de bens jurídicos por meio da repressão com sanções, fazendo com que ele sirva de ferramenta para realização de ideais, no sentido de produtos de uma ideologia.

A ideia do Direito penal promocional conferiria uma função singular à penalização. Além da atribuição de uma sanção como resposta a uma ação (ou omissão) indesejada, haveria um aspecto de propaganda dos valores apregoados pelo Estado, por meio da criminalização de condutas. Nesse sentido, o Direito penal seria usado como ferramenta pedagógica para a promoção de ideais considerados vitais pelo legislador.⁵¹⁷ Nota-se, assim, um vínculo dessa função educativa à finalidade de prevenção geral positiva, visto que a promoção dos valores contidos nas normas criaria uma aderência (pela observância e confiança) dos cidadãos ao conteúdo normativo⁵¹⁸.

Importante, de início, ressaltar que o sentido de Direito penal promocional é peculiar e, até mesmo, de certa forma incongruente. Não é possível compará-lo com a conhecida perspectiva de Direito promocional delineada por Norberto BOBBIO. Nela, o Direito promocional está ligado à atribuição de consequências positivas (opostas à sanção) como prêmio a uma conduta estimulada e desejada.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Uma postura extremamente cética acerca das possibilidades do Direito penal pode ser observada no seguinte excerto, em que o autor detecta um protagonismo da função do Direito penal promocional: “Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de sossegar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um Direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizariam, mas ao induzir as pessoas a crer que eles não existem, se apazigua a ansiedade ou, mais claramente, se mente, dando lugar a um Direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.” BATISTA, Nilo *et al.* *Direito penal brasileiro*, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 631.

⁵¹⁸ Consoante ao afirmado, Cristina Emy YOKAICHIYA afirma que o Direito penal promocional “se aproxima do discurso preventivo geral positivo de simples efeito comunicativo e afirmação do ordenamento jurídico. Independente da proteção de bens jurídicos e sem a exigência de execução da pena, a integração ou estabilização social provém da transmissão de signos comunicativos pela simples existência da norma, que exerce uma função educativa de internalização de valores do Direito nas atitudes particulares dos indivíduos.” YOKAICHIYA, Cristina Emy. *A finalidade da pena nos crimes contra o meio ambiente*. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 72-73.

⁵¹⁹ BOBBIO, Norberto. La función promocional del Derecho. Tradução de Miguel Afonso Ruiz. In MIGUEL, Alfonso Ruiz (org.), *Contribución a la teoría del Derecho*. Madri: Editorial Debate, 1990. Sobre o tema, cf. também cf. LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Debate, 2003, p. 14.

Cabe analisar se de fato essa perspectiva ocorre na prática e se sustenta, já que supostamente, algumas normas possuem esse aspecto promocional exacerbado.

Nesse escopo, o Direito penal serviria como propalador da ideologia estatal. Há nesse diapasão, um evidente e já mencionado caráter pedagógico do Direito penal.⁵²⁰ Menos óbvio, contudo, é um outro aspecto que é intrínseco à utilização do Direito penal como instrumento de afirmação ideológica: a função de autopropaganda, uma vez que ao criar normas que se alinhem com determinados valores, mais do que ilustrar que eles são importantes e devem ser observados, o legislador mostra que também se preocupa com tais questões.⁵²¹

Essa sutileza é melhor compreendida por um exemplo, como o uso do Direito penal promocional para despertar consciência ambiental sobre a sociedade: ao lançar mão da severidade do Direito penal para proteger o “valor” da preservação ambiental, o legislador pode estar menos preocupado em ensinar a importância da preservação do meio ambiente à sociedade, do que em satisfazer uma demanda de considerável parte da população que é simpática à causa ambiental.

A própria expressão Direito penal promocional soa inusitada, uma vez que tal promoção só pode ser instrumentalizada em condutas negativas (no sentido de abstenção de ameaça ou lesão ao bem jurídico ou função protegida pela norma). É exótico pensar que o Direito penal estimularia condutas pelo sanção (isso poderia ser exposto nos bizarros termos: “se você não cometer tal conduta seu prêmio é não ser penalizado...”). Ao que parece, então, a promoção de valores não advém de qualquer bônus (como nos moldes do Direito promocional de BOBBIO) ofertado àqueles que não atentarem contra um determinado bem jurídico.

Não se sustenta, tampouco, a ideia de que o bônus para quem não comete uma determinada conduta é o bem comum, em uma lógica de pouco senso, como “caso não se atente contra tal valor protegido penalmente, teremos como prêmio um mundo melhor...”. O

⁵²⁰ Importante apontar que parte da doutrina considera que há normas do “direito penal simbólico” que possuem traços pedagógicos, sendo que alguns autores inclusive pontuam esse traço como marcante dentro de tal fenômeno. Vejamos o excerto de um autor nessa linha: “sem embargo, a legislação simbólica, com sua estigmatização da conduta correspondente e a qualificação do bem de que se trate, constitui ademais, uma manifestação especialmente clara de um direito penal de conotação ‘educativa’ ou ‘ético-social’.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 483.

⁵²¹ “Uma significação da função simbólica diz respeito a ideia de expressar aos cidadãos o interesse do Estado por suas necessidades fundamentais. Esta função aparentemente positiva pode se tornar negativa, especialmente no caso do meio ambiente, pois a intervenção penal pode na verdade encobrir a falta de uma específica política a respeito, em detrimento da aplicação de outra, por exemplo, uma política de desenvolvimento industrial.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*, cit., p. 108.

poder de convencimento de um raciocínio como este é incipiente e incapaz de justificar o Direito penal promocional.

Por outro lado, a defesa do Direito penal promocional poderia ainda ser feita sob o argumento formalista de que ele apenas proporciona o fomento de valores que estão previstos constitucionalmente (como o meio ambiente⁵²²). Todavia, não é correta a noção de que todo bem jurídico previsto na Constituição deva se transmutar em um bem jurídico penalmente protegido.

Há ainda uma outra perspectiva, bastante singular, de utilização do Direito penal promocional, direcionando este aos magistrados. CORCOY BIDASOLO defende, especificamente para os crimes relativos ao meio ambiente, a criação de novas condutas proibidas, com a típica função promocional de gerar a convicção entre os cidadãos da grave reprovabilidade da degradação ambiental, “mas também para imbuir os juízes da relevância deste interesse coletivo e da necessidade de impor as correspondentes sanções, especialmente naqueles âmbitos, como o ambiental, nos quais ainda não existe uma consciência social solidamente arraigada.”⁵²³

Não se vislumbra, ao contrário do exposto no excerto, a possibilidade de conscientização do juiz, até porque ele decidirá com base na legislação posta, que servirá de moldura a sua sentença. A própria tipificação já impõe ao magistrado seu escopo de ação, ou seja, se houver subsunção do fato a norma sem qualquer tipo de escusa, o juiz terá de aplicar a sanção, por mais que ele não esteja consciente da importância da proteção ambiental.

Não se quer com isso dizer que o juiz é a mera “boca da lei”, mas não será por meio de uma norma penal que o juízo de importância de um bem será despertado no magistrado. Todavia, se “dar importância” é sinônimo de aplicar penas severas (o que não parece aceitável), isso não ocorrerá por meio do tipo penal, que apenas possui um *quantum* na sanção, e a partir de questões externas a esse diâmetro, será estabelecida a dosimetria. Ou seja, há uma previsão de pena mínima e máxima no tipo pena e nenhuma indicação nele de onde deverá ser posicionada a régua do juiz.

Resta, assim, apenas um argumento razoável que sustente o Direito penal promocional. Nesse sentido, a promoção de determinados valores seria despertada pela

⁵²² Nesse sentido, o artigo 125 da Constituição Federal do Brasil.

⁵²³ YOKAICHIYA, Cristina Emy. *A finalidade da pena nos crimes contra o meio ambiente*, cit., p. 81.

reprovação social despertada pela criminalização de uma conduta. Dessa forma, não se nega que a criminalização de uma conduta pode gerar o seguinte raciocínio: “tal interesse é tão importante que lesioná-lo é um crime”. Fundamental, no entanto, verificar quão efetivo pode ser o Direito penal promocional a partir desse tipo de raciocínio mencionado, calcado na presunção de que as pessoas deixariam de praticar uma conduta em virtude de sua criminalização.

Portanto, a afirmação decorrente da conscientização por meio do Direito penal promocional deve ser na seguinte linha: “eu não faço isso porque é crime.” Todavia, imprescindível apontar as duas vertentes dessa frase: a primeira, que não sustenta o Direito penal promocional seria “eu não faço isso porque é crime e eu não quero sofrer as sanções” (seja a sanção prevista no tipo ou a sanção moral decorrente da estigmatização do indivíduo como criminoso)⁵²⁴; a outra vertente, característica do Direito penal promocional, seria na linha da afirmação “eu não faço isso porque é crime, portanto é extremamente errado”. Em tal hipótese a norma seria instrumental sem nem ao mesmo necessitar da aplicação ou ameaça presente na sanção, bastando apenas a declaração da conduta como criminosa para que a consciência acerca de um bem jurídico fosse despertada

Há que se levar em consideração, no entanto, que a efetividade do Direito penal promocional só estaria direcionada àqueles que foram decisivamente influenciados pela criminalização, ou seja, não se aplica aos que não modificaram a postura que possuíam antes da criminalização. Levando-se em conta que as condutas criminalizadas são ao menos minimamente compassadas com outras instâncias de controle (moral, religião, ou pelo menos, outros ramos do Direito, por exemplo, em seu âmbito administrativo), conclui-se que nenhuma conduta presente em um tipo penal é desvalorada única e exclusivamente pelo Direito penal. Assim, para mais além de crime, a conduta também será pecado e/ou imoralidade (traços prescindíveis a um crime) e/ou ilegal em outros âmbitos do Direito (o que é um traço fundamental para sua criminalização, por uma razão lógica, se pensarmos no Direito penal como *ultima ratio*).

Portanto, nesse sentido, os indivíduos que só criaram uma consciência positiva acerca de um valor a partir da criminalização das condutas atentatórias contra ele, teriam que relevar

⁵²⁴ É inconsistente a noção de que pelo medo da pena se criará uma consciência acerca da importância de um valor, já que isso não pode ser verificável, pois alguém pode desprezar totalmente um determinado bem e só não atentar contra ele por medo de ser apenado.

qualquer desvalor moral de uma conduta e também o desvalor e eventuais sanções em âmbitos do Direito extrínsecos ao Direito penal. Não é difícil conceber a inverossimilhança dessa possibilidade de haver muitos indivíduos que se adequem a essa hipótese.

Dessa forma, o Direito penal promocional serviria a quase nada, a não ser que haja um aspecto simbólico que lhe atribua uma função latente: assim, muito mais do que conscientizar a sociedade, o legislador busca demonstrar que está tentando conscientizar a sociedade. Dessas duas possibilidades, a primeira tem uma efetividade irrisória ao passo que a segunda pode ser consideravelmente efetiva sobre a percepção de determinadas parcelas da população que buscam políticos engajados com suas causas (não à toa, há no Congresso, bancada evangélica, ruralista, ambientalista, congressistas em defesa das demandas LGBTT, etc., o que demonstra uma enorme polarização de interesses, o que, cabe frisar, não necessariamente é um mal).

A lei que penaliza determinada conduta fatalmente, ao menos é o que mostram as normas em vigor, estará calibrada com alguma demanda substancial advinda da sociedade, sendo que assim o legislador mostra que age em harmonia com os cidadãos (ou parte deles) e demonstra também que compactua com o que é considerado importante dentro do corpo social. Não se detecta qualquer tipo penal que se estabeleceu em descompasso total com a opinião da sociedade: é dizer, a lei penal não surge de lugar algum, tampouco conscientiza sobre importância de nada, talvez apenas reforce essa importância, sendo que o uso do Direito penal tendo em vista tal reforço é injustificável sob um juízo de conveniência.

Uma vez desconstruídos os argumentos legitimadores, é possível tomar um exemplo da inefetividade do Direito penal promocional, a partir de uma de suas supostas vertentes mais destacadas pela doutrina: a proteção do meio ambiente. A equiparação do equilíbrio ambiental com bens jurídicos individuais, vista sob o prisma de uma função educativa, teria uma efetividade extremamente abstrata, que se reduziria a um grupo muito pontual de indivíduos.

Isso porque a criminalização de condutas contra o meio ambiente pode ter, ao menos, 6 consequências (que não são estanques), a partir do momento que a norma é decodificada pelos cidadãos: 1) é indiferente a um grupo que não representava e nem demonstra representar qualquer risco tangível ao bem jurídico e tampouco está engajado na sua proteção, e, portanto, não se importa com o suposto benefício da penalização; 2) satisfará a demanda de um grupo alinhado a causa da proteção ambiental (terá um efeito simbólico de atendimento dos anseios

populares); 3) Será rejeitada⁵²⁵ por um grupo que continuará delinquindo por crer⁵²⁶ que permanecerá impune frente à sanção ou, menos provável, por não temer sofrer a penalização (em ambos os casos há uma falha na finalidade dissuasória da norma, bem como em de sua função pedagógica); 4) terá efeito sobre um determinado grupo em razão da sanção cominada (nesse sentido, não se desperta a consciência desses indivíduos em favor do meio ambiente, mas é incutido nesses indivíduos o temor da pena); 5) Seu conteúdo não chegará a um grupo, que simplesmente não ficará sabendo de tal norma e não poderá reagir (ou permanecer indiferente) em virtude da ausência do processo de decodificação da informação (esta é uma exceção por ausência de cognição); 6) Um grupo passará a não mais praticar a conduta em virtude do desvalor demonstrado com a mera criminalização, independente do teor da sanção e de sua efetividade (hipótese em que o Direito penal logra êxito em sua função promocional).

Dentre todas as suposições suscitadas, apenas a última valida a função promocional do Direito penal, será minoritária. A hipótese aqui aventada e defendida portanto é a de que as normas tachadas como Direito penal promocional estão muito mais imediatamente direcionadas à função de satisfação de setores da coletividade do que a de educar a sociedade (o que ocorre é que os setores que demandam as modificações penais e com elas são “agraciados” creem que o Direito penal terá um efeito pedagógico sobre o restante do corpo social, o que não se sustenta).

Não se nega que a criminalização de algumas normas possa ter um componente de intenção pedagógica em sua motivação. Nesse sentido, a proteção ambiental ou a criminalização do preconceito de gênero – inclusive com a utilização de propaganda oficial que utilizam frases de impacto como “homofobia é crime” – servem a esse propósito de despertar a consciência nos cidadãos, sob a lógica de que se algo é crime, portanto, é muito errado. No entanto, o que se demonstrou foi a incipiente efetividade do Direito penal na consecução de tal função pedagógica.

⁵²⁵ Nos termos da Pragmática, poder-se-ia pensar ainda em um grupo que desconfirmasse abertamente a norma, agindo contrafaticamente ao comando normativo e ao poder que o emana. Todavia, a carência de plausibilidade dessa hipótese faz com que ela não mereça ser elencada.

⁵²⁶ O verbo crer, na realidade do Direito penal brasileiro, adquire sentidos distintos dependendo de quem o utiliza: para criminosos de colarinho branco, com redes bens construídas de proteção e contatos, a crença se assemelha a uma certeza (já que no limite ela não passa de um estado mental derivada de um altíssimo grau de convicção acerca de algo); por outro lado, para aqueles cujas características os inserem dentro do âmbito da seletividade penal, a crença se assemelha a um estado de fé ou a um jogo de azar em que não há um substrato que sustente a percepção de que haverá impunidade no caso concreto, mesmo se levando em conta a considerável cifra negra.

A efetividade da promoção de uma ideologia ou valor só pode ser aferida, no limite, pela diminuição da prática da conduta que foi criminalizada⁵²⁷. Entra-se aí num impasse: o eventual decréscimo adveio do temor da sanção ou da noção de que a conduta é intolerável, já que é criminalizada. Só haveria uma certa segurança em conclusão da segunda opção, caso a conduta fosse tipificada sem uma sanção, hipótese da ordem do bizarro, mas que atestaria o despertar da consciência coletiva por meio de um Direito penal de ordem promocional.

Além disso, indaga-se também a ideia de que tais normas são preponderantemente promocionais⁵²⁸, sendo que isso soa incorreto ao menos sob a análise do ordenamento brasileiro. Como foi demonstrado, nas leis penais supostamente promocionais há um bem jurídico tutelado⁵²⁹, além de haver uma demanda de setores da sociedade para a criminalização. Assim, tais normas estão muito mais alinhadas a uma função simbólica de realização de demandas de determinados grupos do que da função promocional (que também é considerada aqui como simbólica) de conscientização da sociedade por meio do Direito penal.

Portanto, na atual configuração do Direito penal, a ideia de sua perspectiva promocional mostra-se claramente inefetiva, ao menos no seu propósito pedagógico manifesto, servindo muito mais a um âmbito simbólico⁵³⁰ de satisfação de demandas exigidas por grupos específicos (o que guarda relação com a noção de esquerda punitiva⁵³¹).

Ainda que fosse de fato efetivo em sua pretensão pedagógica, a função promocional no Direito penal não poderia ser tolerada em virtude de sua configuração como *ultima ratio* e os efeitos danosos inerentes a aplicação de suas sanções na sociedade. Finalmente, nesse

⁵²⁷ Acerca da aferição da efetividade do Direito penal, Cf. os subcapítulos “7.3.1 - Motivação e efetividade dissuasória” e “7.3.2 - A impunidade e o ‘Direito penal simbólico’”.

⁵²⁸ Conforme posição de HASSEMER: “Do mesmo modo se pode encontrar exigências pedagógicas excessivas no Direito penal, por exemplo na pretensão de criar uma consciência ecológica por meio do Direito penal do meio ambiente.” HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*, cit., p. 25.

⁵²⁹ Se tal bem jurídico é pertinente ou se é salutar ao Direito penal se expandir e proteger bens supraindividuais é uma outra discussão, bastante controversa, que não cabe aqui descortinar.

⁵³⁰ Alberto Silva FRANCO dicotomiza uma relação que parece ser de continência, da função promocional pela função simbólica. Ainda que utilizando um ponto de partida distinto do delineado neste trabalho, sua conclusão acerca do tema é precisa: “Tanto a função promocional, como a função simbólica, são criticadas por representar graves distorções que distanciam o Direito Penal de sua verdadeira matiz: autorizam um Direito Penal de máxima intervenção. Na medida em que o mecanismo controlador penal perde sua condição de instrumento a serviço da convivência social e se torna um interventor precoce nos conflitos sociais ou atua, simbolicamente, apenas para efeito de transmitir falsa tranquilidade à sociedade, sua legitimidade começa a ser posta em dúvida.” FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio da mínima intervenção penal ao princípio da máxima intervenção penal*. In: *Justiça e democracia*, São Paulo, Vol. 1, 1996, p.174.

⁵³¹ O tema será pormenorizado no subcapítulo “4.3.5”, justamente intitulado de “A esquerda punitiva”.

diapensão, cabe lembrar da irretocável afirmação: “má política é aquela que dinamiza as mudanças sociais a golpes de Código Penal.”⁵³²

7.3 – Acerca da efetividade

Inicialmente, fundamental indagar o que significa afirmar que o Direito penal é efetivo ou inefetivo. Essa valoração só pode ser feita a partir de um objeto que possibilite uma aferição. Assim, o Direito penal é efetivo em relação a quê? Tendo em mente que são atribuídas distintas funções ao Direito penal⁵³³, é necessário tomar partido em favor de uma função que lhe concerne e, por conseguinte, de seu propósito.

Nesse sentido, a efetividade da norma em proteger bens jurídicos (em reflexo da própria função do Direito penal) é o critério para se estabelecer sua funcionalidade.⁵³⁴ Tal parâmetro é diametralmente oposto ao efeito produzido pelos disfuncionais atos do “Direito penal simbólico”.

Em termos puramente teóricos, afirmar que o Direito penal (em sua posição de *ultima ratio*) é plenamente efetivo em proteger todo conjunto de bens jurídicos penalmente relevantes significa que, necessariamente, todos os bens jurídicos estariam completamente resguardados, já que o Direito penal só atuaria, subsidiariamente, em situações em que outros mecanismos de tutela não tivessem logrado êxito em proteger tais interesses.

Obviamente, bens jurídicos são lesionados a todo momento e o Direito (penal ou não)

⁵³² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal – Introducción*. Madri: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madri, 1994, p. 53.

⁵³³ O tema já foi abordado no subcapítulo “7.2 – Finalidades da pena e “Direito penal simbólico””.

⁵³⁴ Uma segunda questão diz respeito ao modo pelo qual o Direito penal pode ser legitimamente (sem afrontar seus princípios e garantias) efetivo. Por exemplo, cabe refletir se a inocuização (como finalidade da prevenção geral negativa) é efetiva em proteger bens jurídicos. O cidadão encarcerado não está imune de lesionar bem jurídicos, a diferença reside em uma lógica tacanha e segregacionista: se um encarcerado roubar, matar, etc. (tirando casos, por exemplo, de ofensas contra funcionários de uma penitenciária), ele estará atentando contra outros criminosos (o que já presume que a Justiça não condena erroneamente) e não contra os “cidadãos de bem”. Além disso, por razões práticas, é inconcebível utilizar o encarceramento como forma de proteção de bens jurídicos, pois isso só poderia ser sustentado por um vaticínio insustentável, segundo o qual todos aqueles que estivessem encarcerados ofenderiam bens jurídicos, caso não estivessem presos. Se o raciocínio for esse, dado o potencial criminoso encerrado em cada ser humano, todos deveríamos estar na prisão, situação tão absurda quanto a fundamentação da proteção de bens jurídicos a partir da prevenção especial negativa (que só tem razão de ser em casos muito pontuais). Conforme será visto adiante, entende-se aqui que a efetividade na função protetiva de bens jurídicos do Direito penal está eminentemente ligada à finalidade intimidatória da sanção, pela prevenção geral negativa.

jamais dará conta de sancionar todos as lesões ocorridas, o que é, paradoxalmente, algo salutar. O Direito penal está longe de ser plenamente eficaz⁵³⁵ em penalizar os delitos, mas se o fosse (ao menos levando em consideração os índices criminais atuais) teríamos uma situação absolutamente insustentável, em que boa parte da população estaria sendo processada ou cumprindo penas.⁵³⁶

Portanto, o Direito penal brasileiro, em seu atual panorama, é demasiadamente inefetivo (bens jurídicos permanecem sendo ofendidos em patamares muito altos), o que é extremamente prejudicial à dinâmica social. Todavia, terrível também seria a situação oposta, em que ele fosse, em termos de aplicação de penas, extremamente funcional (basta imaginar o panorama do sistema prisional, já saturadíssimo, se as cifras de impunidade, que giram em torno de 98% para alguns crimes, virassem cifras de penalização).

Assim, a conclusão, apenas aparentemente esquizofrênica, é a de que o Direito penal precisa se tornar mais efetivo na proteção de bens jurídicos, mas não demasiadamente instrumental (no que diz respeito à condenações e penalizações).⁵³⁷ Ou seja, há um ponto ótimo (em que possivelmente a cifra negra ainda permanecerá sendo majoritária) que promoveria maior efetividade ao Direito penal. Nesse escopo, a aplicação da norma sobre um determinado número de indivíduos serviria de meio para se atingir um efeito que de fato protege os bens jurídicos (já que a pena, por si só, não os protege), que é a dissuasão por meio da ameaça penal. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE denomina esse papel como função de motivação⁵³⁸, com o Direito penal agindo de modo que a ameaça penal impila os indivíduos a absterem-se de realizar comportamentos delituosos.

Como visto, a aplicação da pena não é fim em si mesmo para nada (nem ao mesmo

⁵³⁵ Rememora-se que as expressões referentes à eficácia e efetividade não são utilizadas indistintamente, uma vez que seguem a definição proposta no subcapítulo “1.6 - Um aparte terminológico: eficácia, eficiência e efetividade”.

⁵³⁶ FERRAJOLI, em uma afirmação não tão hiperbólica, pondera que: “Afortunadamente, a maior parte deste direito penal burocrático e inútil permanece ineficaz. Se por ventura todos os crimes denunciados fossem processados e os autores condenados, metade da população estaria na presa e a outra trabalhando em prisões e na polícia.” FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e Globalizzazione*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 42, ano 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85.

⁵³⁷ É possível imaginar um ordenamento em que todos os crimes sejam penalmente sancionados e, ainda assim, seu Direito penal seja inefetivo (em sua função de proteção de bens jurídicos), na hipótese em que a aplicação da sanção não surtisse qualquer intimidação sobre os indivíduos. Tal cenário é pouco plausível, mas serve para demonstrar que a punição dos crimes cometidos não significa necessariamente o asseguramento da proteção de bens jurídicos, a não ser como meio de intimidação em virtuais delinquentes, ou seja, em uma função prospectiva em que a aplicação da pena é voltada à dissuasão, nos moldes da prevenção geral negativa.

⁵³⁸ O subcapítulo posterior tratará mais pormenorizadamente o tema da motivação.

sob a ótica retribucionista). A punição deve servir, então, como meio de incutir sobre os indivíduos um motivo suficientemente forte para que eles não delinquam. Enrique GIMBERNAT ORDEIG ensina que:

A pena funciona para reforçar aquelas proibições cuja observância é absolutamente necessária, para evitar, na maior medida possível, a execução de ações que atacam as bases da convivência social, para conferir a tais proibições – com a ameaça e com a execução da pena quando ela não seja respeitada – um especial vigor que se eleve na consciência dos indivíduos seu efeito inibidor.⁵³⁹

A forma como esse processo de inibição ocorre está longe de ser simplista, nos moldes do raciocínio que é comungado pelo senso comum. Ao contrário do que muitíssimas pessoas creem (e tal crença é fundamental ao “Direito penal simbólico”), o rigor da punição não se mostra como um fator eficaz de dissuasão, ao menos quando estabelecido como elemento único de intimidação. Sendo assim, normas extremamente rigorosas podem ser totalmente inefetivas. Isso porque outro fator deve ser levado em consideração: a certeza⁵⁴⁰ da punição (há ainda um terceiro componente que é a celeridade da punição). É justamente por tal razão que a pena necessita ser minimamente instrumentalizada, no sentido de sua aplicação em um patamar suficiente para que a sensação de impunidade seja extirpada ou amenizada. Também é em função da ausência de certeza da punição que o “Direito penal simbólico” mostra-se inefetivo no que concerne a proteção de bens jurídicos, ainda que efetivo sobre a percepção social da realidade (o que ocorre por um certo tempo, até quando a sociedade toma consciência – geralmente por um crime que desperta comoção – de que os bens jurídicos continuam insuficientemente amparados).

A efetividade do Direito penal em proteger bens jurídicos dependerá, portanto, de sua ação desmotivadora de delitos, fator que não ocorre com a penalização em concreto, mas que dela depende, para que se esteja assegurada a percepção, por parte dos cidadãos, de que a sanção será aplicada caso um delito seja cometido.

⁵³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madri: Tecnos, 1990, p. 148.

⁵⁴⁰ O termo certeza não significa que todos os crimes serão punidos, mas refere-se ao estado mental individual de convicção sobre um dado, não necessariamente real.

Estabelecida a convicção da aplicação da pena, um segundo fator é levado em consideração⁵⁴¹: a pena cominada. O indivíduo, certo de que será punido, examinará se a dimensão do mal (tipo e extensão da pena) que lhe será impingido é inferior ou insuficientemente superior do que o bem (satisfação, vantagem, lucro, etc.) que o delito poderá lhe proporcionar.

Portanto, além de certa, a pena deverá ser suficientemente apta a desencorajar eventuais criminosos. Todavia, independentemente de seu rigor, quando incerta – em um cenário em que há um clima de impunidade – a pena está fadada ao fracasso em termos de dissuasão e, por conseguinte, o Direito penal será inefetivo na proteção de bens jurídicos⁵⁴². Sendo assim, não faz o sentido, pensando sob o prisma de um Direito penal racional, concentrar-se no rigor da pena sem que antes se assegure a percepção de que ela será aplicada, o que depende de sua instrumentalidade. Essa inversão (com o rigor antes da certeza) é feita pelo “Direito penal simbólico”, o que é totalmente condizente com os sentidos latentes e disfuncionais almejados por quem lança mão de seu uso.

Afirmou-se que para que a sociedade em geral tenha convicção da punição penal (em detrimento do atual senso de impunidade) é necessário que um suficiente número de criminosos seja de fato punido. Isso gera duas dificuldades: a primeira é a instrumentalização dos indivíduos penalizados, tratando-se possivelmente de uma seletividade; a segunda diz respeito ao índice de punição (a quantidade de apenados) que estaria apto a dissuadir de forma efetiva os cidadãos.

Há de fato, na postulação da punição como intimidação aos demais cidadãos, uma instrumentalização do apenado (o que iria de encontro a noção kantiana de homem como fim em si). A lógica preventiva calcada na pena com o fim de dissuasão é utilitarista e voltada para um benefício futuro (o decréscimo da violência contra determinados interesses). Todavia, cabe ponderar que os indivíduos só podem ser apenados na medida de suas culpas. Na

⁵⁴¹ Este raciocínio se constrói a partir da premissa de que há um “cálculo” consciente ou inconsciente implícito à decisão de delinquir ou não. Essa noção de custo (certeza e rigor da sanção) vs benefício (consequência obtida com o crime) deve ser quase ou totalmente mitigada em alguns casos de crimes passionais ou cometidos por inimputáveis. Em tais situações, nem ao mesmo o mais perfeito sistema penal poderá fazer com que tais delitos aconteçam. Assim, sempre que houver criminalização, haverá violência criminal.

⁵⁴² O Direito penal inefetivo em proteger bens jurídicos não significa que estes estarão desamparados (já que outras esferas de controle social também os tutelam), mas apenas que não é o Direito penal o responsável direto por sua proteção. Com fulcro no princípio da subsidiariedade, em um cenário ideal, o Direito penal seria inefetivo por sua inutilidade, já que outras instâncias (menos danosas quando aplicadas) dariam conta de proteger interesses dos indivíduos em sociedade.

perspectiva de KANT, tais cidadãos também deveriam ser punidos (ainda que sob a lógica da retribuição).

O critério da culpa, somado à razoabilidade da pena (imprescindível, para que o indivíduo não seja punido em um patamar muito além de sua conduta, apenas em virtude da falaciosa lógica de que quanto maior a pena, maior também é a dissuasão) são fundamentais para impedir que a punição aplicada não seja desproporcional e injustificada. Observados tais critérios, torna-se possível instrumentalizar a penalização de uma parcela de indivíduos, de modo que eles sirvam de exemplo de que o Direito penal está sendo aplicada, o que tenderia a incutir um sentimento de intimidação nos cidadãos, que passariam a reconsiderar a ideia de impunidade.

Conforme dito, uma parcela de indivíduos apenados serviria de exemplo para que os demais não cometam crimes, em razão do temor de também serem punidos. Nesse sentido, se não são todos que sofrem uma punição (e nem seria possível aplicar penas a todos os criminosos, nem mesmo à maioria deles, por questões de ordem prática), não se poderia dizer que a prevenção geral negativa é necessariamente seletiva?

A resposta é negativa, já que a seletividade pressupõe uma insistência na penalização de um grupo específico de pessoas em detrimento de outras. Já no caso de um Direito penal racional e isonômico, é fundamental que os mais diversos perfis de criminosos sejam penalizados, o que não acontece na prática. Em tal panorama, observamos uma clientela sendo insistentemente penalizada, enquanto outros são envolvidos por uma aura de impunidade, o que dificulta a efetividade do Direito penal, já que esses indivíduos não são dissuadidos pela previsão de pena, visto que se sentem imunes à persecução penal.

Portanto, se o Direito penal é norteado pela proteção subsidiária de bens jurídicos (não havendo, assim, uma pré-seleção de indivíduos que serão criminalizados em virtude das condutas que são tipificadas) e a aplicação de suas normas aos casos concretos não está voltada para crimes ou grupos específicos de pessoas, não se pode afirmar que há seletividade apenas porque nem todos os desvios foram punidos.

O Direito penal tem de punir um número suficiente de pessoas para que decorra daí um efeito de dissuasão por meio da ameaça penal. Todavia, essa parcela de penalizados deve contemplar o maior número possível de categorias de indivíduos, significando que a impunidade não é verificável nem em relação a determinados grupos (sociais, étnicos,

profissionais, etc.), tampouco a determinados crimes⁵⁴³.

Se, por um lado, delinhou-se o “como” (já que se apontou a intimidação por meio da percepção da certeza da sanção como forma precípua do Direito penal proteger os bens jurídicos), por outro, resta ainda lançar olhar sobre o “quanto”, já que a questão de ordem quantitativa é central no que diz respeito à efetividade. Nesse escopo, a partir de que patamar de instrumentalização da aplicação e de rigor da pena é possível considerar que ela já esteja apta para dissuadir?

Inexiste uma resposta para tanto. Não se pode definir que consequências os critérios objetivos (índice de punição e *quantum* da pena em abstrato) terão sobre as subjetividades, que percebem tais dados de forma variável (uma pena pode ser mais intimidadora sobre uns do que em relação a outros). Além disso, inúmeros outros fatores influenciam na motivação para se delinquir ou não.

Diante desse panorama de inexatidão do potencial dissuasório da pena, depara-se com o terrível paradoxo do Direito penal: há que se punir mais⁵⁴⁴, como forma de diminuir a percepção da impunidade (mesmo se tendo em conta a já enorme população carcerária). Todavia, mesmo que haja objetivamente menor impunidade, não necessariamente isso terá efeito sobre a percepção da população de que o Direito penal funciona (seja para temê-lo ou para nele confiar). Fatores extrapenais influenciam totalmente nessa percepção (pode-se pensar em uma crise econômica como fator de aumento da criminalidade patrimonial), e também é possível conceber casos isolados de crimes que tenham mais influência sobre a percepção social do que dados objetivos. Nesse diapasão, mesmo que as estatísticas demonstrem que a impunidade e os índices de criminalidade diminuíram, basta um crime de grande comoção e sua abordagem sensacionalista pela mídia, para que haja um notável câmbio na percepção social da violência e da efetividade do Direito penal.

Antes de uma análise mais pormenorizada da efetividade penal em seu sentido dissuasório, buscar-se-á estabelecer algumas aproximações entre o tema da efetividade dentro do escopo do “Direito penal simbólico”.

⁵⁴³ Cabe ressaltar que a expressão “crimes” é utilizada aqui como sinônimo de condutas lesivas a bens jurídicos relevantes. Há, na prática, tipos penais que não se adequam a essa classificação (por exemplo, a contravenção por “vadiagem”, artigo 59 da Lei 3.688/1941). Em tais casos, não há que se falar em impunidade, até porque não se tratam de condutas que merecem punições na esfera penal.

⁵⁴⁴ Se não punir mais, ao menos punir “melhor”, no sentido de se diminuir a seletividade do sistema penal, estendendo o âmbito do Direito penal a criminosos que historicamente se encontram em posições de quase total imunidade.

Eduardo Caronte COSTA JÚNIOR observa que as normas podem ser divididas em três categorias: com eficácia e efetividade; com eficácia e sem efetividade; sem eficácia e efetividade. Segundo o autor apenas no caso da última alternativa haveria legislação simbólica, já que a segunda hipótese seria, no máximo, uma legislação fracassada.⁵⁴⁵ A posição do autor não se refere ao especificamente do Direito penal, no qual a segunda categoria (leis eficazes mas sem efetividade) podem ser consideradas como simbólicas, ao se imaginar sua utilização intencionalmente seletiva, de forma que esteja inapta a promover a dissuasão de forma homogênea, por meio da intimidação pela pena.

Acerca do tema da inefetividade do “Direito penal simbólico”, SILVA SÁNCHEZ pondera:

Assim, uma nova norma ou um incremento de penalidade que, em princípio, tenham importante efeitos quanto ao estabelecimento ou restabelecimento da confiança da população no ordenamento jurídico, a médio e longo prazo perdem toda fiabilidade com sua inaplicação ou sua ineficácia. Em definitivo, a legislação simbólica é rechaçável pois, a curto prazo, cumpre funções educativas/promocionais/de integração, que já valoramos negativamente, e, a longo prazo, redundam em uma perda de confiança da população no direito penal.⁵⁴⁶

Ao contrário da crítica do autor, talvez fosse salutar que o povo diminuísse sua “fé” em relação ao Direito penal como instrumento de proteção de interesses, já que sua capacidade é hiperbolizada na percepção da coletividade. Se esse desencantamento acerca das possibilidades do Direito penal (que diz respeito à prevenção geral positiva) não viesse acompanhado de um decréscimo no temor da pena (que concerne à prevenção geral negativa), sem sombra de dúvida o Direito penal seria empregado com maior racionalidade, inclusive

⁵⁴⁵ COSTA JÚNIOR, Eduardo Caronte. *A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 152.

⁵⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 485. Em sentido semelhante, Marcelo NEVES conclui que a “legislação-álibi” (uma das formas de normas simbólicas, não especificamente penais, descritas por ele) também acaba levando ao descrédito da sociedade: “Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva a descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciências jurídica. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p.40-41.

sendo possível um decréscimo substancial no uso de normas simbólicas.

Todavia, ao contrário do que SILVA SÁNCHEZ concebe como efeito da legislação simbólica, não há uma perda de confiança no Direito penal, mas sim em seu modelo demasiadamente laxista utilizado no Direito penal. Em termos claros: ninguém vira abolicionista ao notar a inefetividade das normas penais simbólicas, mas muitos viram rigoristas, culpando a brevidade das penas e excesso de garantias como fator do fracasso do Direito penal.⁵⁴⁷

7.3.1 – Motivação e efetividade dissuasória

Ao se adentrar mais especificamente no tema da dissuasão mediante a pena é necessário mencionar um efeito simbiótico que ocorre entre essa finalidade (preventivo geral negativa) do Direito penal e demais instâncias de controle, sejam elas formais ou informais. Nesse diapasão, Francisco MUÑOZ CONDE aduz que “O direito penal só funciona com outras formas de controle social, mas estas também parecem ineficazes sem a ameaça da ação penal.”⁵⁴⁸ Assim, de acordo com a primeira oração do excerto, de fato parece essencial que o efeito de motivação da pena esteja harmonizado entre diversas instâncias de controle.⁵⁴⁹ Todavia, há que se perquirir se realmente é necessário à efetividade (ou “eficácia” na terminologia de MUÑOZ CONDE) das instâncias de controle, que o Direito esteja lá, ainda que em sua posição de *ultima ratio*.

A criminalização ou descriminalização de uma conduta não tem uma forçosa

⁵⁴⁷ Cabe mencionar, por fim, um curioso fenômeno de “antiefetividade” da aplicação da lei penal. Marcelo NEVES é conclusivo acerca do tema: “No plano do direito penal, fala-se da função ou efeito criminógeno da própria lei penal. Poder-se-ia objetar que se trata aqui de um caso de antiefetividade. Mas a hipótese é mais abrangente. A pesquisa criminológica aponta situações em que a atuação coercitiva do aparelho estatal contra a criminalidade juvenil leva a estreitar os laços entre os respectivos jovens, que, em reação, passam a praticar atos puníveis mais graves. Em muitos casos, à promulgação de uma nova lei penal seguem-se contra-reações, atos de resistência e de ajuda aos autores, implicando outras condutas puníveis. Por fim, entre os penalistas considera-se como incontroverso que a criminalização de uma conduta tem frequentemente por consequência a prática de novos atos puníveis para sua execução e encobrimento.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 50.

⁵⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp 40. Cf. ainda, a respeito da caracterização do Direito como controle social, LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoria e ideologia del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Debate, 2003, pp. 16-17.

⁵⁴⁹ Cf. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luiz. *Manual de derecho penal*. Parte General – I. Barcelona: Praxis, 1994, pp. 12-14.

influência sobre sua valoração em outras esferas extrínsecas ao Direito penal. A penalização não produz um necessário efeito moralizante, nem, tampouco, a despenalização produz um efeito desmoralizante.⁵⁵⁰

Há hipóteses de condutas que são descriminalizadas e não se observa, a partir de então, aumento em suas taxas de ocorrência ou ainda o contrário, em que há uma criminalização sem que haja uma diminuição dos índices.⁵⁵¹ Portanto, ao que parece, o Direito penal só pode ser efetivo se alinhado a outras esferas de proteção, ao contrário destas, as quais podem prescindir dele para funcionarem.

A norma penal contra tudo e contra todos está fadada ao fracasso, sobretudo porque haverá uma colisão entre seu conteúdo e outras normas informais que costumam pautar o comportamento da sociedade. Pense-se por exemplo na atual discussão acerca da criminalização da homofobia no Brasil: uma norma penal nessa direção viria acompanhada de todo um movimento moralizante que recrimina o preconceito de gênero em nossa sociedade. Por mais que haja dissonâncias consideráveis entre parcelas da população, é notório que parte dela vê com bons olhos a proteção penal desse interesse.⁵⁵²

Todavia, em sentido oposto, em um panorama em que haja considerável harmonia entre as normas advindas informalmente e o sentimento público de desvalor acerca de uma conduta, não há que se falar em uma necessária criminalização (apesar do “Direito penal simbólico” se aproveitar frequentemente desse cenário). Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ensina que:

A não coincidência entre o conteúdo e expectativas dos distintos sistemas de controle social coexistentes é sempre problemática e pode levar a um caso de oposição, por exemplo, entre as expectativas sociais e as derivadas do conteúdo da norma, suscitando problemas de legitimidade do ordenamento. Contudo, em sentido oposto, a mera demanda da opinião pública não pode

⁵⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., p. 476.

⁵⁵¹ O mesmo autor afirma que “É ridículo crer que as pessoas em geral passarão a roubar ou matar simplesmente porque tais condutas foram descriminalizadas ou tiveram um abrandamento em sua pena, ainda que isso não possa ser excluído em casos isolados.” *Ibid*, p. 126

⁵⁵² Não se entrará aqui na discussão da falácia da confiança no Direito penal para tal proteção, até porque a temática já foi explorada no subcapítulo “7.2.1.1 - O Direito penal promocional”.

atuar como fonte legitimadora de um conteúdo.⁵⁵³

Imperioso que o Direito penal seja utilizado a partir de um juízo de necessidade e conveniência, limitado pela teoria do bem jurídico e sua respectiva previsão constitucional. Após isso, o Direito penal pode ser utilizado subsidiariamente, como *ultima ratio*. Dessa maneira, ao menos formalmente, seria criada uma posição privilegiada (alinhada aos anseios coletivos e outras intâncias de controle, conforme a primeira afirmação de MUÑOZ CONDE citada há pouco) para que o Direito penal possa ser efetivo sem que atente contra seus princípios balizadores.

A expressão “ao menos formalmente”, empregada acima, se justifica em razão de fatores extrínsecos ao efeito da norma sobre a sociedade, impedindo que a capacidade dissuasória de uma determinada sanção seja certa, tampouco aferível. Todavia, parece inequívoco que o Direito penal motiva indivíduos a se absterem de delinquir e também que o oposto ocorre em casos em que a população percebe⁵⁵⁴ a realidade como isenta da aplicação do Direito penal.⁵⁵⁵

Acerca da motivação pelo Direito penal, em que a pena funciona como reforço da proibição, cabe apontar que para se conseguir a proteção, almejada pela norma penal, de bens jurídicos são desencadeados nos indivíduos processos psicológicos que se conjugam no que pode ser denominado de motivação.⁵⁵⁶ De acordo com SPOERRI, a motivação “é um

⁵⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madri: Iustel, 2012, p. 24.

⁵⁵⁴ O verbo “percebe” é utilizado porque em muitos casos o Direito penal não perde a vigência, por exemplo, em situações de greve policial. No entanto, em tais cenários, interpreta-se que o Direito penal não pode funcionar, por inexistir repressão e, por consequência, punição, o que não é uma lógica correta, bastando-se para isso pensar em câmeras que captam ações delituosas e cujas imagens podem servir de prova posteriormente.

⁵⁵⁵ “Embora virtualmente toda legislação criminal é permeada pela crença de que a punição tem um efeito de abatimento no crime, os estudos empíricos não atestaram essa questão de quando e em que grau a punição dissuade. Certamente, vários estudos empíricos nos últimos 20 anos confirmam a hipótese da prevenção geral. Mas problemas metodológicos prejudicam os resultados e alguns criminólogos são relutantes em crer que haja um efeito dissuasório significativo na punição. A maioria dos pesquisadores concordam que um lapso completo da ameaça da punição será acompanhada por um notável crescimento do crime. Isso é empiricamente confirmado por exemplo pela greve da polícia de Liverpool em 1919 e Montreal em 1969, e quando Copenhague ficou sem polícia por alguns meses durante a 2ª GM.” EIDE, Erling. *Economics of crime: deterrence and the rational offender*. Oslo: North-Holland, 1994, p. 2. Um exemplo brasileiro ocorreu com a greve dos policiais militares ocorrida na Bahia em fevereiro de 2012, que levou a um imediato aumento nos índices de criminalidade. Cf. BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação...* cit., p. 152.

⁵⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 31. A motivação, para cometimento ou abstenção de um ato, depende de diversos fatores, dentre os quais: “a – normas individuais; b – normas sociais internalizadas; c – psíquicos e físicos exigidos para o ato; d – puros riscos (incluindo punição formal, ou informal).” EIDE, Erling. *Economics of crime*, cit., p. 15.

processo, consciente ou inconsciente, em cuja base se encontra uma força ativadora que se encaminha a um objeto.”⁵⁵⁷

Tal objeto não necessariamente será a proteção de bens jurídicos, podendo ocorrer uma deturpação no uso da ameaça penal que torne o Direito penal disfuncional. Nesse diapasão, o que se espera da pena importa mais ao legislador do que aquilo que ela seja capaz (traço notável do “Direito penal simbólico”). Ocorre que ao se criar uma relação cega entre aumento e diminuição da criminalidade, diretamente ligada ao aumento ou diminuição da dureza da repressão punitiva, usualmente busca-se, com fins obscuros, a criação de um sentimento de medo nos cidadãos, bloqueando qualquer intento liberalizador ou mesmo humanizador na legislação penal existente.”⁵⁵⁸

Nesse sentido, a motivação pode estar direcionada, mais do que à dissuasão de condutas, à percepção da realidade pelos cidadãos, tornando-os refém do Direito penal como panaceia dos problemas sociais. A partir dessa condição, o “Direito penal simbólico” encontra campo fértil para atuar com primazia sobre as expectativas em relação a norma em detrimento da capacidade de proteção de bens jurídicos e modificação dos patamares de violência na realidade.

Ainda que em termos genéricos, sabe-se como e porque ocorre a dissuasão, motivada pela pena. Certo é que o grau de eficácia motivadora da norma penal tem algum efeito (indeterminável) sobre a criminalidade.

Nesse sentido, é possível estabelecer, sem números precisos, o mecanismo de motivação da sanção. Em termos matemáticos, pode-se elaborar um esboço de como deveria funcionar a lógica da dissuasão por meio da certeza da pena (obviamente os números são ilustrativos, mas a progressão que ocorre no exemplo é imprescindível para que haja de fato um acréscimo no componente de intimidação à medida em que a impunidade seja percebida como decrescente):

100 indivíduos cometem o mesmo tipo de crime X. Há um índice (e se supõe neste exemplo que a população apreenda a modificação de tais índices) de penalização de 5% de punição (5 indivíduos). Com um aumento na punição de 5% para 10% (10 indivíduos punidos), haveria uma dissuasão Y pelo aumento da punição, que faria com que, por exemplo,

⁵⁵⁷ SPOERRI, T. H. *Compendio de psiquiatria*. 1970, Apud MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 31.

⁵⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 126-127.

apenas 90 pessoas ainda se sujeitassem a delinquir. Com um mesmo patamar de punição de 10 pessoas, haveria um incremento na punição de 10% para aproximadamente 11%, o que ensinaria mais um decréscimo na cifra negra e, por conseguinte, na sensação de impunidade, o que em teoria deveria fazer com que menos pessoas se sujeitassem ao risco de delinquir e serem punidas. Isso, em termos ideais, ocorreria sucessivamente até que a certeza da pena tangenciasse a integralidade dos cidadãos que, em tese, não delinquiriam caso estivessem certos de que seriam punidos.

É evidente que a motivação dos indivíduos não está exclusivamente atrelada ao Direito penal, na verdade sendo outros aspectos, muitas vezes, mais relevantes. Não é possível inferir comportamento humano em termos exatos, dada a miríade de variáveis que são extrapenais e influenciam muito mais no comportamento dos indivíduos do que o próprio Direito penal (os índices de crimes podem flutuar sem qualquer vínculo com a sanção prevista). O exemplo exposto é meramente didático e só serve para demonstrar como a dissuasão teria que funcionar para legitimar o maior aumento da penalização, lastreado no fim de prevenção geral negativa da pena.

7.3.2 – A impunidade e o “Direito penal simbólico”

Na clássica obra “Dos delitos e das penas”, BECCARIA já afirmava, em meados do Século XIX, que um dos maiores freios do delito não é o rigor da pena mas sim sua infalibilidade.⁵⁵⁹ O autor não possuía o auxílio da criminologia para amparar tal assertiva (que foi repetida inadvertidamente ao longo da história do Direito penal). Todavia, o que, além do bom senso, assegura que a diminuição da impunidade seja um fator dissuasório? Imperioso verificar indícios que atestem a frase de BECCARIA, pois, caso a afirmação não seja verdadeira, é totalmente inútil propugnar uma maior instrumentalização do Direito penal em relação da aplicação de suas penas, pois a taxa de criminalidade independeria da cifra negra e

⁵⁵⁹ Similarmente e curiosamente, ao concluir que “quanto menos certa a pena bem mais grave deve ser... logo também é verdadeiro que quanto mais pode-se aumentar a certeza da pena, mais pode-se diminuir a gravidade dela.” BENTHAM, conforme será demonstrado, partia de uma premissa errônea (já que quando inexiste certeza da punição, nenhum nível de rigor é apto a dissuadir, conforme atestam pesquisas a respeito do uso da pena de morte em alguns estados dos EUA) e chegava em um desfecho correto (já que a certeza da pena faz com que ela prescinda de exacerbado rigor). Cf. BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*, part II - principles of penal law. Londres: Simpkin, Marshall, & Co, 1838, p. 520.

da percepção da impunidade.

Fato é que alguns pesquisadores elaboraram diversos estudos (com distintas metodologias) que convergiram para a máxima de BECCARIA. Ao que parece, de acordo com tais pesquisas, o pensador italiano estava correto ao afirmar que a certeza da pena é fator preponderante de intimidação, em detrimento do rigor aplicado.⁵⁶⁰

Todavia, tendo em conta a noção wittgensteiniana de que o sentido da palavra é atribuído conforme o uso que a ela é dado, é necessária uma breve digressão ao sentido da expressão “impunidade”. Ao menos três significados são possíveis: o primeiro, técnico e sem relevância nesta divagação, diz respeito a não punição de um indivíduo condenado penalmente dentro dos ditames da lei; a impunidade também pode significar que não há punição para determinado crime (não se puniria o tipo penal X); por fim, há ainda o uso de impunidade no sentido geralmente comungado pela população, segundo o qual um número insuficiente (ninguém ou muito pouco) de pessoas é punido.

De fato, não se nega que as cifras negras são imensas, todavia, com a mesma pergunta, pode-se indagar acerca de dois aspectos: qual o patamar de punição suficiente para que a população considere que não há mais impunidade e, em virtude disto, por um lado, se sinta segura e, por outro, passe a temer a sanção e não cometer crimes? O patamar seria o mesmo para ambos os casos? A bem da verdade, não parece haver sentido buscar estabelecer um nível mínimo de punição para atingir esses dois objetivos (preventivo geral positivo e negativo, respectivamente), já que para tanto seria necessário que não houvesse outras variáveis em jogo, modificando a percepção e exigência da sociedade no que diz respeito ao tema da violência criminal.

O que se pode, de fato, é estabelecer patamares de diminuição da cifra negra (o que guarda o problema de não ser possível precisar sua dimensão) que seriam considerados satisfatórios (baseados, por exemplo, em índices de outros países). Todavia, é impossível afirmar que, ao se atingir de fato esse nível de penalização, a população modificará sua percepção acerca da impunidade, já que isso pode ocorrer com patamares menores ou maiores, dependendo da conjuntura daquele momento, na medida em que a percepção social não é um objeto estático.

⁵⁶⁰ Um exemplo é o conhecido estudo que culminou em conclusões negativas em relação à efetividade da pena de morte: cf. ARCHER, D.; GARTNER, R. *Violence and crime in cross-national perspective*. Yale University Press, New Haven, 1984.

Todavia, como dito, é impossível determinar com precisão a real dimensão da cifra negra. Sérgio ADORNO expõe que:

As avaliações são feitas a partir dos crimes conhecidos, isto é, dos crimes detectados e registrados pelas agências encarregadas de controle da ordem pública e de contenção da delinquência. Há transgressões que não chegam ao conhecimento da autoridade pública. Entre o conhecido e o desconhecido, há um gap que, na literatura especializada, se convencionou chamar de cifras negras. Qual a extensão desse gap? Bem, pouco se sabe de concreto. (...) Para se ter uma idéia, no que concerne à condução de veículos sob efeitos do álcool, um Instituto de pesquisas sobre o tráfico observou, há alguns anos, que apenas 1 caso entre 20.000 era conhecido pela polícia.⁵⁶¹

Erling EIDE, no livro “Economics of crime: deterrence and the rational offender”, faz uma síntese de estudos feitos na criminologia com o enfoque na dissuasão. Para tanto ela utiliza como paradigma o “Modelo criminométrico” (*Criminometric model*), o qual analisa os fatores que influenciam o crime e os expressa em forma matemática, definidas por teorias estatísticas usadas em testes empíricos e estimativas.⁵⁶² O autor, calcado em estudos de outros pesquisadores e em resultados obtidos em suas próprias investigações, conclui que:

Title (1969) obtém negativa correlação entre a certeza da punição, enquanto entre a severidade da punição e os índices de crime é positiva. Chiricos e Waldo (1970) examinam a hipótese de dissuasão e a certeza de punição parece ter efeito negativo no crime, enquanto a severidade, um efeito positivo.

Com muitas poucas exceções, os estudos mostram relação negativa entre

⁵⁶¹ ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança...* cit., p. 20. O autor ainda afirma que “as estatísticas oficiais de criminalidade comportam não poucos problemas, entre os quais a suspeição de elevadas ‘cifras negras’, a intervenção de critérios burocráticos de avaliação de desempenho administrativo, as ‘negociações’ paralelas entre vítimas, agressores e autoridades, a implementação de políticas determinadas de segurança pública que conjunturalmente privilegiam a contenção de uma ou outra modalidade delituosa e ainda a desistência da vítima em denunciar ocorrência motivada por desinteresse pessoal ou descrença na eficácia das instituições.” *Ibid.*, p. 248. Também a respeito dos problemas acerca do índices sobre criminalidade, em especial em relação à cifra negra, cf. MISSE, Michel. *Cidadania e Criminalização no Brasil: o problema da contabilidade oficial do crime*. In: Misse, Michel (org.), *O crime violento no Rio: o problema das fontes*. nº 9, Rio de Janeiro: IFCS, 1997.

⁵⁶² EIDE, Erling. *Economics of crime*, cit., p. 3.

certeza de prisão e índice de crimes. Mas os índices de crimes não variam geralmente de acordo com a severidade do aprisionamento. A probabilidade de punição possui um efeito negativo no crime, enquanto o efeito da severidade da punição tem um efeito, no mínimo, incerto.⁵⁶³

No plano prático, o que pode ser feito é entrar na seara da elucubração, por exemplo, em uma pesquisa na qual se indaga às pessoas se elas cometeriam um crime mesmo com uma sanção penal posterior certa ou quase certa. É de se esperar que a imensa maioria das pessoas responda negativamente, o que atestaria o potencial dissuasório de uma punição inequívoca. Porém, há dois problemas nessa enquete: é inverossímil, na prática, que todas as condutas penalmente relevantes sejam com certeza ou quase certeza punidas; além disso, a pergunta é feita como uma hipótese, portanto, dentro do plano da suposição, o que é muito distante da realidade e de situações em que provavelmente não haveria espaço para um cálculo de custo-benefício confrontando a satisfação pelo resultado de um delito *versus* a sanção posterior (basta pensar em um crime passionai cometido sob “violenta emoção”).

A diminuição do *gap* entre crime e castigo (leia-se sanção penal) em alguns locais e uma conseqüente diminuição da criminalidade em virtude de um aumento da convicção na punição, é uma evidência frágil de que a diminuição da impunidade desencoraja a prática de crimes. Em verdade, esta última afirmação tem um tom aforístico e, no limite, assemelha-se à lógica de que mais rigor representa menos crime, uma vez que a dissuasão oriunda da convicção na punição advém de uma espécie de cálculo, de uma relação do já mencionado custo-benefício, na qual se confronta a satisfação obtida em detrimento da chance de ser pego (que na prática nunca será de 100%). Como já foi dito, há situações em que a oportunidade desse “cálculo” inexistente. Em outros casos, ainda em um contexto de baixíssima impunidade para certa conduta criminosa, mesmo depois da análise de uma grande chance de ser punido, certos indivíduos terão o arrojo de delinquir, ousando ir de encontro às probabilidades.

Como exposto, há que se ter cuidado com a assertiva de que um Direito penal mais efetivo (que diminua os índices de impunidade) propiciará um efeito dissuasório na sociedade. Porém, pode-se pensar, em uma aproximação distinta, na hipótese de que a efetividade do Direito penal com relação a determinado tipo penal (ou seja, houve maior punição de certa

⁵⁶³ EIDE, Erling. *Economics of crime*, cit., pp. 117-118. Cf. ainda, sobre o tema, HIRSCH, Andrew von *et al.* *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

conduta) fez com que diminuísse consideravelmente (em um local x e época y) o número global de pessoas que cometem tal crime. Por tal razão, passou a existir menos “mão de obra” direcionada para esse tipo de delito e, portanto, uma queda de seu índice. No entanto, esse cenário é totalmente fantasioso na realidade do Brasil, em que determinadas condutas delitivas são cometidas na ordem dos milhares em breve período de tempo em um determinado espaço (por exemplo, adstritos a uma grande metrópole brasileira). É o caso, por exemplo, dos crimes de furto, responsável por uma considerável parcela de encarcerados.

A ideia de “prender muito mais e por muito mais tempo” – insistentemente difundida por figuras públicas – é insustentável, já que não há condições materiais para encarcerar, dentro de critérios mínimos de dignidade, nem mesmo a parcela que se encontra hoje nos superlotados presídios brasileiros. O argumento de que a solução é inocuizar (o que se entende por prevenção especial negativa) o maior número de indivíduos possível, sob a lógica do “é um a menos nas ruas para delinquir”, pode ser refutado por meio do seguinte raciocínio: se o número de casos penalizados referentes a um determinado delito saltasse de 2% para 20%, em um impressionante aumento de 10 vezes, ainda assim, o bem jurídico patrimônio, no que diz respeito aos roubos, estaria muitíssimo distante de ser devidamente garantido.

Enquanto o Direito penal for manipulado com sagacidade (já que inteligência não é um termo adequado) para que atue como um meticuloso conta-gotas⁵⁶⁴ que lança mão da pena de privação de liberdade (que é comprovadamente perpetuadora da delinquência) não será possível afirmar que, na prática, o Direito Penal protege minimamente bens jurídicos.

Portanto, mesmo que se prenda muito mais, o que implica a construção de muito mais prisões (medida que não é popular e portanto é evitada pelos governantes), a cifra negra dos crimes que levam a maioria dos indivíduos à prisão (eminentemente, tráfico de drogas e crimes patrimoniais) permanecerá altíssima, e a proteção de bens jurídicos, permanecerá irrisória.

O aumento do aprisionamento, mesmo que em níveis que superem a plausibilidade⁵⁶⁵,

⁵⁶⁴ Ressaltando-se sempre que em números absolutos a população carcerária é enorme, mas os índices de criminalidade do país continuam assombrosos, apesar de se prender cada vez mais, o que evidencia que há uma “reserva de mercado” que o Direito Penal não está apto a conter por meio da inocuização (prevenção especial negativa).

⁵⁶⁵ Se a aplicação da pena de privação de liberdade fosse levada às últimas consequências, sob o raciocínio de que quem cometeu crime tem de ir preso, um fantasioso cenário de mais dentro dos muros do que de fora deles seria plausível. Essa é uma constatação que se coaduna por exemplo com a afirmação de BARATTA: “A criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade” In: BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas*

não representa um alcance da proteção de bens jurídicos, pelo Direito penal. Isso se deve ao fato de que a inocuização de criminosos permanecerá em patamares baixos, sendo, portanto, incorreto afirmar que a efetividade do Direito penal diminui a violência por meio do decréscimo de delinquentes em liberdade (com a massificação da função preventivo especial negativa).

Poder-se-ia pensar, contudo, que mais gente presa representaria uma sensação de maior segurança na população. No entanto, essa assertiva deve ser relativizada, já que a sensação de segurança é demasiado subjetiva para que se faça a aritmética da progressão do número de criminosos presos, ainda que isso represente uma queda no número de crimes. Isto porque o medo da população está intimamente ligado à publicidade dos delitos, o que pode ser evidenciado em uma constatação óbvia: três crimes publicados sem solução causam mais alarme social do que trezentos que não vieram à tona. Assim, se por ventura um veículo de imprensa resolver cobrir diuturnamente determinado tipo de delito, por mais que seus índices tenham diminuído, por exemplo, em relação ao ano anterior, fatalmente haverá um acréscimo no temor público de ser vitimado por tal conduta.

Outro ponto a se ter em mente em relação à impunidade é o de que mudanças nos benefícios e custos no cometimento de particular de tipo de crime podem ter efeito em outros tipos de crime. Se, por exemplo, a probabilidade de ser pego por roubo aumenta, alguns ladrões podem mudar para outro crime. Isso é denominado de “efeito de substituição.”⁵⁶⁶

Há, por fim, uma última hipótese que pode desconstruir a ideia de que menos impunidade desestimula a prática de novos crimes: o acaso. Nesse escopo, a diminuição de delitos posterior a um processo de maior aplicação penal pode simplesmente ser uma coincidência. Isto porque há diversas outras variáveis que podem influenciar as taxas de criminalidade. Lançando mão apenas de um exemplo emblemático, pode-se citar a influência da conjectura econômica, que conjuga fatores como o crescimento da taxa de emprego⁵⁶⁷ ou o poder de compra da população, apontados como prováveis causas de encolhimento dos

del Derecho Penal..., cit., p. 103.

⁵⁶⁶ EIDE, Erling. *Economics of crime: deterrence and the rational offender*. Oslo: North-Holland, 1994, p. 144.

⁵⁶⁷ Nesse sentido, CHAVES JUNIOR: “Desde os trabalhos pioneiros de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (Cf. Rusche & Kirchheimer, 1999), confirmados por cerca de 40 estudos empíricos em uma dezena de sociedades capitalistas (Wacquant, 2001) sabe-se que existe no nível societário uma estreita e positiva correlação entre a deteriorização do mercado de trabalho e o aumento da população carcerária, ao passo que não existe vínculo algum comprovado entre índice de criminalidade e índice de encarceramento.” In: CHAVES JUNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. In: *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, nº 114, Medellín, 2011, p. 110.

índices delitivos de determinadas localidades.

Em relação a realidade brasileira, cabe apontar que a Fundação Getúlio Vargas elaborou entre 2012 e 2013 um índice relacionado ao tema da impunidade no Brasil, denominado de Índice de percepção de cumprimento da Lei – IPCL.⁵⁶⁸ O início de seu texto introdutório merece ser aqui compilado:

É senso comum afirmar que o brasileiro não respeita as leis, ou que no Brasil muitas leis são criadas e pouco as obedece. É fácil constatar que produzimos muitas leis: considerando o período de dez anos, de 2000 a 2010, 75.517 novas leis estaduais e federais foram aprovadas. Porém, sobre o quanto nós aderimos a essas leis, não há evidências empíricas. Outra afirmação comum é que no país há “leis que pegam”, ou seja, são seguidas, e “leis que não pegam”, ou viram letra morta. Essa situação de baixa deferência à lei não seria típica apenas do Brasil, ela aconteceria em graus diferenciados ao redor do mundo. De acordo com Mauricio Garcia-Villegas, na América Latina haveria uma espécie de “cultura de desrespeito à lei”, remontando à herança da colonização portuguesa e espanhola. No nosso país, esse comportamento, identificado por Roberto Da Matta, como o “jeitinho brasileiro”, é uma característica cultural por meio da qual driblamos as determinações legais, para defendermos interesses particulares ou públicos. Com base nessas afirmações poder-se-ia argumentar que no Brasil há um excesso de formalismo, ou seja, há muitas leis que estabelecem padrões de comportamento, mas no dia a dia, de forma geral, os cidadãos não levam em conta as leis.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10801/IPCLBrasil_4TRI_2012_1TRI_2013.pdf?sequence=3> acesso em 14/06/2013. Há uma importante advertência em sua introdução: “Mensurar sistematicamente o grau de percepção do cidadão brasileiro quanto à obediência às regras não significa medir o grau de cumprimento da lei pela população. Trata-se, na realidade, de um índice de percepção que procura retratar o sentimento da população em relação às leis, bem como analisar a percepção dos brasileiros sobre o respeito às leis e o respeito às autoridades que devem fazer cumprir a lei.” O índice foi realizado nos meses de outubro de 2012 a março de 2013, foram entrevistadas 3.330 pessoas, com mais de 18 anos, distribuídas por 8 Unidades da Federação (UF): Amazonas (300), Pernambuco (300), Bahia (400), Minas Gerais (600), Rio de Janeiro (400), São Paulo (700), Rio Grande do Sul (300) e Distrito Federal (300).

⁵⁶⁹ Índice de percepção de cumprimento da Lei – IPCL, p. 2. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10801/IPCLBrasil_4TRI_2012_1TRI_2013.pdf?sequence=3> acesso em 14/06/2013.

Conforme visto ao longo deste subcapítulo, operar com estatísticas em relação ao tema da criminalidade é extremamente difícil, além de pouco confiável. Todavia, mesmo assim e tendo as ressalvas necessárias, é fundamental buscar critérios empíricos que possam alicerçar o conhecimento sobre o tema da criminalidade.

Nesse sentido, finalizando o tópico acerca da impunidade, cabe apresentar alguns dados interessantes (dentre os diversos disponíveis) extraídos do Índice de Percepção do Cumprimento da Lei: A maioria dos entrevistados respondeu que concorda com a afirmação de que “é fácil desobedecer às leis no Brasil” (82%) – dado que expressa o sentimento coletivizado de impunidade; 54% concordam com a afirmação de que há poucas razões para “alguém como eu obedecer as leis” (67% das pessoas que ganham até 2 salários mínimos disseram isso, contra uma variação de 56% a 52% entre aqueles que ganham mais de 2 mínimos até aqueles que recebem mais de 12 salários mínimos) – a partir dessas últimas porcentagens é possível reforçar a tese de que a condição de pobreza é um fator criminógeno; que o índice de percepção do cumprimento da lei varia inversamente à renda, ou seja, quanto maior a renda, menor o índice em relação ao cumprimento à lei (o mesmo ocorre em relação à escolaridade) – o que não faz sentido sob o prisma das características dos encarcerados, porém, corrobora com a tese de que há uma intensa seletividade no sistema penal brasileiro, tema do próximo subcapítulo.

7.3.3 – Sobre a seletividade

Anatole France, no romance “Le lys rouge”, afirma que a lei – em uma grande preocupação com a igualdade – proíbe dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão, tanto os ricos quanto os pobres. A provocadora constatação do escritor francês, feita em meados do século XIX, é de uma atualidade inequívoca. Isso porque a seletividade é (melhor dizendo, continua sendo) um traço marcante do sistema penal contemporâneo⁵⁷⁰. E tal fenômeno começa ainda no momento de elaboração das leis, não se tratando apenas de uma

⁵⁷⁰ Para um panorama do sistema penal brasileiro e sua intrínseca seletividade, cf. TAMER, Sergio Victor. *Legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales: especial referencia a la ejecución penal en el estado del Maranhão, Brasil*. Salamanca: Ratio Legis, 2013, pp. 308-327.

distorção no momento de sua aplicação.⁵⁷¹

A seletividade do sistema penal⁵⁷² é um ponto central da crítica ao “Direito penal simbólico”. Ainda que os dois temas não tenham – a princípio – um vínculo direto, buscar-se-á demonstrar aqui como as práticas eminentemente simbólicas no Direito penal contribuem decisivamente para que o sistema penal funcione seletivamente, em uma execrável perpetuação de desigualdades sociais. Além disso, há no sistema penal um processo de estigmatização de cidadãos que se autoalimenta.

Eugenio Raúl ZAFFARONI e Nilo BATISTA ensinam que o processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Nesse sentido, criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Já criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas em concreto.⁵⁷³

Como será visto mais adiante, o “Direito penal simbólico” manifesta-se nas duas etapas de seletividade mencionadas. No entanto, sua incidência é predominantemente relacionada à criminalização primária, ou seja, ao momento de elaboração das normas e, a partir delas, estabelece-se um panorama apto a albergar um funcionamento deturpado das normas, seja por sua aplicação parcial (seletiva), pela sua efetividade restrita a aspectos latentes (simbólicos) das normas ou, ainda, com a combinação de ambas disfunções, o que é mais frequente em razão de uma própria causalidade entre “Direito penal simbólico” e seletividade.⁵⁷⁴

Tercio Sampaio FERRAZ JR. afirma que alguns exemplos de normas nunca chegam a ser obedecidas, mas ainda assim são “consideradas socialmente eficazes (efetivas), por serem normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social.” A eficácia dessas normas, segundo o autor, “está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem

⁵⁷¹ Acerca da aplicação seletiva das normas, cf. MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

⁵⁷² Importa anotar que se utiliza a expressão “sistema penal” apenas por razões didáticas, em virtude de seu emprego recorrente na doutrina. Dada a ausência de coesão intrínseca e patentes disfunções do Direito penal, melhor do que “sistema”, melhor seria entendê-lo como uma “amálgama” ou algo do gênero.

⁵⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 43.

⁵⁷⁴ Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*, 21ª ed., Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 14.

o efeito de satisfação ideológica.”⁵⁷⁵

No caso do Direito penal, especificamente no que se refere à criação de tipos ou aumento das sanções, a expressão “nunca chegam a ser obedecidas” não pode ser tomada literalmente. Eis justamente um ponto crucial das legislações simbólicas: usualmente elas acabam sendo aplicadas de forma muito esparsa, penalizando um reduzido número de indivíduos, em um notável processo de seletividade.

Se as penas aplicadas pontualmente não são aptas a intimidar os demais cidadãos (prevenção geral negativa), é indubitavelmente irrazoado que a sanção recaia sobre apenas algumas pessoas com um rigor exacerbado ao passo que a imensa maioria dos criminosos se ocultem nas “cifras negras” e, sobretudo, “douradas”.⁵⁷⁶

Assim, se a finalidade precípua do direito penal é proteger bens jurídicos, o que, por uma premissa lógica, depende da diminuição dos índices de violência, não faz sentido penalizar 2% ou 3% dos indivíduos que delinquem, de forma severa, ao passo que a acachapante maioria não será penalizada.⁵⁷⁷ Isso só faria sentido se a chamada prevenção geral positiva⁵⁷⁸ tivesse uma verificada capacidade dissuasória (o que nem é sua finalidade), fazendo com que a pena aplicada a poucos desestimulasse os demais a agir tal qual os apenados (o que estaria apto a proteger bens jurídicos). Na realidade, a prevenção geral positiva foge à função precípua do Direito penal. Como se não bastasse, ela serve ainda de fundamento ao “Direito penal simbólico”, este que é, por sua vez, propalador da seletividade. Nesse sentido:

A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade –

⁵⁷⁵ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 195. Cabe ressaltar que o autor faz uma análise do Direito como unidade, não abordando especificamente o ramo penal.

⁵⁷⁶ A chamada “cifra dourada” representa a criminalidade de “colarinho branco”, com suas práticas delitivas usualmente relacionadas a crimes econômicos, que estão resguardadas da persecução penal. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 10.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, Jesús Antonio MUÑOZ GÓMEZ afirma que: “O Direito penal não tem como função real reprimir e prevenir a criminalidade. Em verdade, sua função é meramente simbólica: é dar impressão que atua e protege os membros da comunidade cada vez que ocorre um delito. Sem dúvidas, nada mais falso que essa impressão. Os estudos sobre a cifra negra da criminalidade nos indicam que apenas poucos casos do total de infrações cometidas em uma sociedade são alcançados pelo Direito penal. Com estes poucos casos que sofrem a intervenção penal, produz-se esta distorção e falsa imagem.” In: MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio. *Derecho y impunidad*. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 71.

⁵⁷⁸ Finalidade que é correlata ao “Direito penal simbólico”, que, por sua vez, fomenta a seletividade, conforme será exposto ao longo deste subcapítulo.

quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua consequente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, como relação a certos delitos.⁵⁷⁹

Cabe indagar porque a seletividade, como uma estratégia irracional de punir impetuosamente poucos (em números relativos, ou seja, confrontados ao montante estimado dos criminosos impunes) perdura na trajetória do Direito penal. Nesse escopo, fundamental entender porque a seletividade é uma função (ilegítima) preciosa à deturpação do Direito penal.

Necessário aclarar que a seletividade não significa punir pouco, haja vista que, embora a cifra negra na criminalidade brasileira seja estimada como gigantesca, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do planeta. Importa dizer que a quantidade de encarcerados é um fator secundário dentro dessa questão. Abarrotar presídios e se gabar de que nunca se prendeu tanto, é um ato assemelhado a uma “vitória de Pirro”. Basta observar os índices de reincidência dos encarcerados e a forma como a prisão estigmatiza e introjeta o papel de marginalizado nos “reeducandos”.⁵⁸⁰ O grande cerne gira menos em torno de quanto mas sim de quem, ou seja, qual o perfil dos cidadãos que estão sob o jugo do sistema penal. É nessa mirada que se nota uma curiosa homogeneidade na “clientela” penal.

A reincidência, acima mencionada, é um problema central do panorama penal (não apenas no Brasil). Não há dúvidas de que ela está ligada à configuração do sistema carcerário e, de certa forma, até mesmo à seletividade do sistema. Todavia, necessário questionar seu elevado patamar, a partir de prismas distintos de uma posição, apenas a princípio, aparentemente conformista, segundo a qual a reincidência se trata de um mal insolucionável.

Uma hipótese seria a da ignorância ou aversão pelas estatísticas por parte dos

⁵⁷⁹ ZAFARONNI, E. Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, cit., p. 88.

⁵⁸⁰ Sérgio Salomão SHECAIRA aponta que Thomas MATHIENSEN vislumbra uma função simbólica, dentre outras elencadas em um rol. “É com a entrada no cárcere que se inicia o processo de estigmatização. A detenção de poucos simboliza a infalibilidade de muitos. Talvez nesta função seja encontrada a razão profunda para o fato de, enquanto o detido é submetido a um complexo processo estigmatizante ao entrar para a prisão, não receber ele um equivalente processo desestigmatizante ao sair da prisão. (...) Encarceramento demonstra ação, por possuir o maior impacto e visibilidade em nossa sociedade.” MATHIENSEN, Thomas. *Perché il carcere*, p. 181, apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P. 356.

legisladores, os quais teriam a obrigação de conhecer detidamente os dados acerca do índices de reincidência. Por outro lado, uma segunda explicação, que soa mais plausível, seria a de que a perpetuação das estratégias falhas de rigorismo penal advém da manipulação do senso comum da população, que em sua quase totalidade, desconhece o comportamento, muitas vezes ilógico até para os iniciados, do Direito penal. De fato, observa-se uma crença bastante difundida pelo corpo social, de que o acréscimo de severidade nas leis é inversamente proporcional ao índice de criminalidade. Tal raciocínio é coerente no plano teórico, embora inverificável na prática. No entanto, a desconstrução desse crença no Direito penal está extremamente distante de um patamar capaz de incutir uma chama inicial crítica na sociedade, que passaria a enxergar com as devidas ressalvas as costumeiras tentativas de resolução das crises por meio de um incremento do rigor penal. Ao contrário, o que há é um persistente movimento de políticos que insistem em reforçar essa noção enviesada da população no que concerne ao caráter dissuasório do Direito penal.

Também é intrigante notar o protagonismo da mídia no reforço desse delírio coletivo, até porque a imprensa, dispondo de uma posição privilegiada em relação à informação, deveria exercer um relevante papel de modificação da crença da sociedade no punitivismo, contribuindo de forma decisiva no processo de desencantamento do público em relação ao Direito penal. Para se compreender porque a mídia se omite – e inclusive fomenta essa distorção⁵⁸¹ – em conscientizar a população acerca dos limites do Direito penal, é imperiosa uma análise mais detida das razões pelas quais há uma perpetuação dos discursos punitivistas nos meios de comunicação.⁵⁸²

Por fim, uma derradeira hipótese, que não exclui a segunda e até se harmoniza com ela: o desejo social de hipostasiar toda a ojeriza pela cotidiana criminalidade em alguns poucos indivíduos (que, cabe sempre anotar, vão paulatinamente aumentando e se afastando da ideia de “poucos”, nesse diapasão, basta analisar o número de encarcerados no país em números absolutos⁵⁸³). Tem-se, usualmente, a impressão de que a aplicação do Direito penal é uma patente eleição de “bodes expiatórios” (tema do seguinte subcapítulo).

⁵⁸¹ “Como observa Nilo Batista, os esgares do âncora de um telejornal importam mais, para a política criminal brasileira, do que a soma da produção dos melhores criminologistas e penalistas.” In: NERI, Regina. Enfraquecimento da lei ou aumento do poder punitivo? Uma reflexão sobre o discurso psicanalítico da crise do simbólico na contemporaneidade. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 17/18, 2010, p. 261.

⁵⁸² Para tanto, cf. o capítulo “5 – A mídia como veículo catalisador da insegurança coletiva”.

⁵⁸³ Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça, o número de encarcerados em julho de 2012 era de 549.577 cidadãos.

As penas ultrapassam a noção de proporcionalidade no que concerne à extensão, já em sede da dosimetria decorrente da condenação (com a aplicação de sanções desproporcionalmente alongadas, imposição de regime mais gravoso para cumprimento da pena, negação de benefícios como o *sursis* em situações que claramente apontam para sua concessão). Essa miríade de hipóteses é usualmente conjugada em casos de grande comoção em que o denunciado é punido exemplarmente, em um julgamento acompanhado (em tempo real) por olhares atentos do público. O princípio da intransmissibilidade da pena é inobservado (ainda que de forma demasiadamente subjetiva) sob um prisma curioso: ao invés da pena de um indivíduo se estender a outras pessoas relacionadas a ele (usualmente herdeiros, como se fazia no passado) a pena de todos aqueles que delinquem e passeiam na zona de impunidade é transmitida simbolicamente, em fragmentos de culpa que são transmutados em uma pena notadamente proporcional sobre um único indivíduo, usualmente um anônimo em relação aos demais criminosos impunes.

Nunca é demais lembrar, acerca da pretensa neutralidade do Direito penal⁵⁸⁴, que este atua mediante um série de perniciosos filtros extraleais que norteiam a efetividade da aplicação das normas positivadas. Pode-se elencar, como exemplos de tais filtros: a falta de estrutura e/ou capacidade técnica dos órgãos necessários à efetivação das leis; a corrupção de uma parcela de servidores desses órgãos; a existência de um paradigma no que concerne ao perfil do criminoso, implicando em um foco investigativo apontado para indivíduos de determinados grupos, o que suscita, como consequência óbvia dessa atuação arbitrária, uma circularidade que exime criminosos de determinado perfil e reforça a marginalização de outros.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Juarez Cirino dos SANTOS aponta para o fato de que “a igualdade formal do sujeito jurídico ocultaria a desigualdade real de indivíduos concretos, em chances de criminalização.” SANTOS, Juarez Cirino dos. Prefácio. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 09-11.

⁵⁸⁵ “A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com a figura social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 47.

Os exemplos do último parágrafo estão todos intimamente relacionados à inexpugnabilidade de autores de certas formas de delinquência, como os grandes delitos econômicos: tais crimes, geralmente mais intrincados que as práticas delitivas clássicas, demandam uma série de capacidades específicas que muitas vezes, ultrapassam os limites técnicos e estruturais de instituições necessárias ao Direito penal; por outro lado, o poder de barganha de criminosos econômicos é acentuado, seja pela sua capacidade monetária para o pagamento de propinas ou pela sua rede de influência e acesso à informações, possibilitando a delação de demais envolvidos nessas tramas delitivas

Por fim, esses criminosos (de “colarinhos brancos”) muito raramente se enquadram dentro do perfil de indivíduo suspeito (enxergado como um potencial criminoso, por reunir determinadas características como faixa de idade, cor de pele, sexo, escolaridade, classe social, local de domicílio), o que implica menor probabilidade de que sejam investigados “a esmo”⁵⁸⁶, ou seja, sem que haja um mínimo de indícios suficientes para indicarem uma suposta conduta criminosa. Além disso, os tipos de delitos que protagonizam não são descobertos por meio de uma abordagem policial de rotina, mas apenas mediante uma detida e complexa investigação.⁵⁸⁷

A seletividade distorce o Direito penal porque apenas aqueles bens jurídicos que são atacados pelas indivíduos que são alvo da seletividade tenderão a ser resguardados. Fomenta-se uma famigerada dicotomia entre o “cidadão de bem” e os “marginais”, categorias que são cindidas pela Direito penal. Paradoxalmente, criam-se tipos cada vez mais amplos e antecipatórios, que acabam aumentando as possibilidades de tornar o “cidadão de bem” em um infrator. Basta pensar no incremento dos crimes de perigo abstrato como um adiantamento intolerável ao Direito penal, que se torna cada vez mais prospectivo na tentativa de evitar resultados.

⁵⁸⁶ A noção de “atitude suspeita”, justificadora da abordagem em “batidas policiais” muitas vezes está relacionada com a mera posse de uma ou mais características anteriormente elencadas.

⁵⁸⁷ “Os atos ilegais cometidos no ‘topo’ da escala social são extremamente difíceis de desvendar na densa rede de transações empresariais diárias. São perpetrados em um círculo íntimo de pessoas unidas pela cumplicidade mútua, a lealdade à organização e o *esprit de corps*, pessoas que geralmente tomam medidas eficazes para detectar, silenciar ou eliminar os que dão com a língua nos dentes. Eles exigem um nível de sofisticação legal e financeiro praticamente impossível de ser penetrado por quem está de fora, particularmente gente leiga ou não educada. E esses crimes não tem ‘corpo’, nenhuma substância física; existem no espaço etéreo, imaginário, da pura abstração: são literalmente invisíveis – é preciso uma imaginação comparável à dos que os perpetraram para divisar uma substância na forma ilusória. Levado pela intuição e o senso comum, o público pode bem suspeitar que algum roubo está na origem das fortunas, mas apontá-lo continua sendo uma tarefa claramente atemorizante.” BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de M. Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pp. 131-132.

Contudo, por mais que o alcance do Direito penal esteja cada vez mais amplo, o que traz a possibilidade de que indivíduos que costumeiramente não eram penalizados o sejam, não se pode afirmar que a seletividade esteja diminuindo e que a linha entre os bons e os maus esteja ficando cada vez mais atenuada. Há duas razões para tanto:

A primeira é que a condenação criminal ou mesmo o processo criminal (extremamente “estigmatizante” mesmo em caso de sentença absolutória posterior) não estabelecem automaticamente a transformação do “cidadão de bem” à categoria de “marginal”, exceto em crimes com considerável publicidade e comoção popular. Há outros fatores que vão além do Direito penal (apesar de tangenciá-lo) que são considerados na construção do arquétipo do “marginal”, os quais incluem os já bem conhecidos e intoleráveis critérios como classe social, cor de pele, escolaridade, dentre outros. Lola ANIYAR DE CASTRO pondera o que se segue:

Para Jean Michaud, marginal é quem se situa fora do contexto social. Para Pierre Delteil, quem se situa fora da norma. Se sugere, nestas definições, uma vontade implícita de se automarginalizar. Segundo Gassin, há também marginais à margem dos marginais, os que não só estão fora do texto escrito, mas também da folha de papel. O *continuum* poderia ser descrito assim: conformistas, marginais, desviados ordinários (excluídos) e desviados marginais (os excluídos dos excluídos). Mas nem todos os marginais seriam delinquentes. Entre os marginais delinquentes haveria alguns que se situam quase no limite entre a desviação e a tolerância: vadios, prostitutas, toxicômano, alcoólatras perigosos, jovens delinquentes, etc; e outros estão à margem mesmo da delinquência originária (criminosos associiais, psicopatas delinquentes, etc.).⁵⁸⁸

Os criminosos de classes sociais inferiores sofrem, portanto, um processo de dupla marginalização, situados à margem dos marginalizados. Isso não ocorre com os raros exemplos de criminosos de “colarinho branco” que chegam a ser condenados, o que

⁵⁸⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos...* cit., p. 57.

demonstra que o estigma de criminoso não está assentado no ideário popular apenas em virtude da sentença condenatória, sendo necessário que outros fatores (extrapenais) também componham a biografia e características do cidadão que é (duplamente) marginalizado.

Constata-se que indivíduos que nunca tenham cometido qualquer delito, mas que possuem determinadas condições fenotípicas e sociais são muito mais estigmatizados⁵⁸⁹ até mesmo em relação a indivíduos de classes abastadas que já tenham sido condenados criminalmente. Essa gritante distorção evidencia um sedimentado preconceito de nossa sociedade e demonstra como há um terreno fértil para a aplicação de um Direito penal seletivo que auxilia no processo de perpetuação de desigualdades e, portanto, só contribui para as engrenagens de um sistema que se assemelha a um moto-contínuo, que conserva o *status quo* replicando as mesmas formas de comportamento das instituições e indivíduos.

A segunda razão crítica para se refutar a tese de diminuição da seletividade está totalmente condicionada ao Direito penal simbólico⁵⁹⁰, pois envolve a criação ou recrudescimento de normas voltadas para delitos cujos autores, em grande maioria, historicamente restam impunes, por exemplo, os “crimes de colarinho branco.” A aguda constatação a seguir, parece irrefutável:

“No Brasil é frequentemente mais fácil e socialmente menos polêmico para os opositores de uma lei destinada a efetuar mudanças fundamentais na sociedade evitar sua implementação do que sua promulgação. Os proponentes das reformas básicas alcançam a vitória simbólica, mas na prática nada muda porque os partidários do *status*

⁵⁸⁹ ZAFFARONI adverte para o risco do tratamento seletivo, o qual torna o indivíduo estigmatizado em sugestionado: “uma pessoa começa a ser tratada ‘como se fosse’, embora não haja manifestado nenhum comportamento que implique uma infração. Ao generalizar-se o tratamento de acordo com o ‘como se fosse’ e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar de acordo com o papel atribuído, ou seja, ‘como se fosse’, e com isso acaba ‘sendo’.” In: ZAFFARONI, Raul Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 134.

⁵⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS afirma que “A problemática sobre a imposição seletiva da pena, que manifesta a concentração da reação penal sobre certas coletividades ou indivíduos, ou sua imposição de uma maneira aleatória a só uma pequena parte de infratores, não tem a ver com o Direito penal simbólico senão com o próprio princípio de humanidade das penas, mediante o qual se vela, entre outras coisas, pela não aplicação desigual da lei.” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 570. Refuta-se aqui totalmente tal posição, em virtude do entendimento de que o “Direito penal simbólico” é um fenômeno que impulsiona a seletividade do sistema penal.

quo têm poderes políticos e econômicos suficientes para abafar a reforma no nível administrativo”⁵⁹¹

Nesse sentido, Lola ANYAR DE CASTRO aponta que “algumas condutas são criminalizadas totalmente (até o nível da condenação efetiva); já outras são criminalizadas só simbolicamente ou parcialmente (até o nível da definição penal, como no caso da maioria dos chamados crimes de colarinho branco); outras, por fim, não são criminalizadas em absoluto.”⁵⁹² Na segunda categoria (das condutas criminalizadas simbolicamente) surgem normas que são consequência do desprestígio público das instituições, políticos e leis⁵⁹³ – em razão da notável impunidade de, por exemplo, criminosos de grandes delitos econômicos ou políticos corruptos que cometem crimes contra a Administração Pública. Tais normas são elaboradas com o condão de se aplacar o desvalor social perante a inefetividade das normas.

No entanto, mesmo com tal modificação, a convicção dos infratores acerca da impunidade para tais tipos de delitos permanece inabalada⁵⁹⁴, não havendo um caráter dissuasório (prevenção geral negativa) na modificação legislativa. Tampouco a efetividade – no que se refere a diminuição da “cifra dourada” pelo aumento de infratores punidos – é modificada pela simples mudança da lei.

Portanto, não importa se a pena máxima de privação de liberdade seja de 5 ou 30 anos, se o cumprimento da condenação em regime fechado seja de 1/6 ou da totalidade da pena, dentre outras variáveis... Irrelevante levar isso em consideração, pois os grandes criminosos econômicos, corruptores e corruptos continuarão incólumes.

A nova redação de uma lei, aumentando sua severidade, possivelmente só se aplicará a justamente os indivíduos com menos recursos (financeiros, influências, qualidade da defesa)

⁵⁹¹ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 64.

⁵⁹² ANYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos...* cit., p. 72.

⁵⁹³ No que concerne ao aspecto normativo, o Direito penal é visto pela população como muito brando, sendo que a frouxidão e antiguidade do diploma são rotineiramente criticadas.

⁵⁹⁴ Nesse contexto, há que se ter cuidado também com a esperança depositada em “julgamentos-espetáculo”, acompanhados detidamente pela imprensa e população. Isso porque cria-se a expectativa de um novo paradigma de combate a corrupção e impunidade, todavia os instrumentos para tanto continuam defasados e insuficientes. Persiste, dada a falta de auditorias e capacidade investigativa de polícias e órgãos fiscalizadores, o cenário em que dos poucos crimes econômicos de grande monta que chegam até o judiciário, grande parte é em decorrência de algum tipo de denúncia, seja da imprensa, sócios ou parentes dos autores.

e, portanto, com mais possibilidades de não conseguirem restar impunes.⁵⁹⁵

Não se afirma com isso que estes indivíduos não devam ser sancionados (se penalmente ou não é uma frutífera discussão que não encontra espaço aqui). Todavia, utilizando também uma lógica utilitarista⁵⁹⁶, não faz sentido punir esses indivíduos ao passo que aqueles que causam mais prejuízo permanecem impunes. Essa ilogicidade demonstra como o Direito penal passa ao largo de critérios como necessidade e proporcionalidade.

Para tal conclusão, basta analisa-lo sob um prisma geral e verificar os efeitos que, por exemplo, crimes envolvendo corrupção em larga escala causam em nossa sociedade, e, além disso, observar como há uma notável impunidade em infrações desse gênero. Nesse sentido, BARATTA já afirmava que a clientela que compõe o cárcere subestima certas infrações que produzem os mais altos danos sociais, elencando “delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios de órgãos estatais.”⁵⁹⁷ Por outro lado, ele conclui afirmando que infrações de menor dano social são superestimadas, “como delitos contra o patrimônio, especialmente os que tem como autores típicos, indivíduos pertencentes a extratos sociais mais débeis e marginalizados.”⁵⁹⁸

Sérgio ADORNO, em uma leitura influenciada pelo pensamento de FOUCAULT, aponta que a justiça penal não foi concebida para neutralizar as diferenças de classe. A começar, os ilegalismos populares diferenciam-se com clareza dos ilegalismos das classes médias e altas da sociedade, estes classificados como crimes do colarinho branco e sujeitos a uma série infundável de imunidades que torna mais difícil a aplicação universal das leis penais.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ A modificação do Direito penal para albergar a criminalização de poderosos pode e costuma reverberar na “criminalidade tradicional”, justamente composta pela clientela penal, punida seletivamente. Nesse sentido: “a primeira dificuldade (de se expandir o Direito penal para a criminalização, por exemplo, de crimes de ‘colarinho branco’) estaria relacionada ao impedimento de que a desformalização e a flexibilização nos novos âmbitos invariavelmente viessem a contagiar todo o sistema, acabando por aplicar-se também ao denominado setor nuclear do direito penal.” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 219.

⁵⁹⁶ Utilitarismo que é evidente no Direito penal, com o uso de indivíduos como meio, seja como forma de aplacar a sanha punitivista da sociedade ou como exemplo (em um escopo preventivo geral da pena).

⁵⁹⁷ BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal...*, cit., p. 81.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁹⁹ ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança...* cit., p. 211. Em lugar de neutralizar as diferenças de classe, algumas leituras criminológicas sugerem que o Direito penal serve para neutralizar uma determinada classe: “O objetivo real mais geral do sistema de justiça criminal (além da aparência ideológica e da consciência honesta de seus agentes) é a moralização da classe trabalhadora, através da inculcação de uma ‘legalidade de base’: o aprendizado das regras da propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a a estabilidade no emprego, na família, etc. A utilidade complementar da constituição de uma ‘criminalidade de repressão’

O sociólogo prossegue, pontuando que o “funcionamento normativo do aparelho penal tem por efeito a objetivação das diferenças e das desigualdades, a manutenção das assimetrias, a preservação das distâncias e das hierarquias.” E conclui observando que inexistem contradições entre justiça social e desigualdade jurídica, pois essa é justamente um efeito de práticas jurídicas seletivas, “destinadas a separar, dividir, revelar diferenças, ordenar partilhas. É sob esta rubrica que subjaz a ‘vontade de saber’ que percorre todo o processo penal e cujo resultado é promover a aplicação desigual das leis penais.”⁶⁰⁰

François EWALD, outro autor influenciado pelo pensamento foucaultiano, expõe uma interessante explicação acerca do tema do fomento da igualdade por meio do sistema penal. O autor afirma: “o Direito penal tem o fim de instaurar uma igualdade. Não se se entender por igualdade uma igualdade de fato (...) sim, se se trata de reduzir as desigualdades julgadas ‘anormais, isto é, que excedem certos limites ou certos liminares, eles próprios variáveis’”.⁶⁰¹

Assim, a desigualdade se mantém para aqueles subservientes a sua condição de miséria, que seriam os “miseráveis não desviantes”. A norma penal não promove a igualdade social, mas apenas apara arestas, subjugando todos aqueles que não se encontram dentro de um padrão de “normalização” que é etéreo e não se sustenta simplesmente dentro do binômio sistêmico de legalidade e ilegalidade, uma vez que, determinados indivíduos que delinquem (por exemplo, o cidadão que suborna o agente de trânsito para evitar uma multa ou o empresário que sonega impostos para salvar sua empresa e, por conseguinte, empregos) têm suas atitudes toleradas e caminham dentro de uma trajetória dúbia, encerrada em duas categorias que, *a priori*, seriam inconciliáveis, quais sejam, a normalidade e a ilegalidade. Enquanto esta última opera direcionada ao fato, a noção de “normalidade” é moldada sobre características do Direito penal do autor.

Dessa forma, a norma penal é aplicada contra aquele que não é normal. Esta noção de

(localizada nas camadas oprimidas da sociedade e objeto de reprodução institucional) é camuflar a criminalidade dos opressores (abuso de poder político e econômico), com a tolerância das leis, a indulgência dos tribunais e a discrição da imprensa.” DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 58.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, tal relação simbiótica entre saber e poder acaba conferindo utilidade à figura do criminoso (uma das teses centrais de FOUCAULT, em “Vigiar e punir”. Também nesse escopo, a afirmação de Lola ANIYAR DE CASTRO: “O desviado e o marginal são funcionais ao sistema, como demonstraram tanto Durkheim, Marx, Merton e Chapman. Não só geram serviços e produtos em relação ao ‘seu problema’ (serviços policiais, assistenciais, científicos, judiciais, técnicos, etc.) e consolidam a sociedade agrupando o consenso, já que sua existência acaba valorizando o que não se estima como marginal ou desviado.” ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos...* cit., pp. 58-59.

⁶⁰¹ EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993, pp. 147 e ss.

normalidade está muito vinculada à ideia do “cidadão de bem”, aquele que historicamente escapa do alcance Direito penal, mesmo tendo delinquido, seja porque possui uma espécie de presunção de idoneidade em razão de um status social “diferenciado” (usando, aqui, expressão tão em voga) ou porque seu tipo de delinquência é mais refinado, estando bem amparado por redes de proteção e operando de forma menos detectável (ainda que, pensando em crimes de “colarinho branco”, vultuosos). Nesse sentido, um furto de pote de manteiga em um supermercado com câmeras e funcionários de vigilância à paisana é muito mais suscetível de ser descoberto do que a evasão de milhões de Reais de cofres públicos para uma conta em um paraíso fiscal.⁶⁰²

Loïc WACQUANT, em semelhante linha dos autores mencionados, traça sua perspectiva da função do sistema prisional, destacando seu significado simbólico que reside na distinção bem delineada entre o “cidadão de bem” (por mais que ele viva abaixo da linha da pobreza, seus valores, dentre os quais subserviência e honestidade são exaltados) e o criminoso:

Na base da escala social, o encarceramento serve de depósito e de neutralização física do excedente da classe proletária. Um patamar mais acima, a implementação da rede policial, judicial e penitenciária do Estado recobre uma função ao mesmo tempo econômica e moral: a imposição da disciplina do trabalho assalariado. Ao final e sobretudo, o ativismo sem pausa e sem freio da instituição penal desenvolve para a sociedade uma missão simbólica: a reafirmação da autoridade estatal e o redescobrimento da vontade dos grupos políticos por fazer ressaltar e respeitar a sagrada fronteira entre os cidadãos pobres e as categorias desviadas.⁶⁰³

⁶⁰² Há ainda, dentro da própria legislação penal, uma seletividade apriorística, relacionada a benefícios que acabam sendo auferidos apenas por criminosos mais abastados. Um exemplo é a Lei n. 10.684/2003, que passou a permitir que a extinção da punibilidade pelos crimes previstos nos 3 primeiros artigos da lei 8.139/90, pudesse ocorrer em qualquer fase do processo (não apenas até a denúncia, conforme a redação original), desde que pagos os valores devidos em razão de tributos ou contribuição social. e não antes do recebimento da denúncia. Compreende-se o interesse em receber o valor referente aos tributos devidos. A questão não é suprimir a extinção de punibilidade para tais casos, mas sim de demonstrar que o ordenamento tem tal questão positivada, enquanto os denominados “delitos de bagatela” não tem tratamento semelhante, possivelmente em virtude da seletividade do sistema.

⁶⁰³ WACQUANT, Loïc. *Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social*. Marselha: Agone, 2004, pp. 9-10.

O sistema penal passa a funcionar como instrumento de gestão carcerária da pobreza, o que Loïc WACQUANT chama de “prisões da miséria.”⁶⁰⁴ O “Direito penal simbólico” contribui para esse panorama, já que as normas simbólicas não são totalmente inefetivas, mas possuem um mínimo de instrumentalidade que será aplicado justamente contra os selecionados de sempre, os quais servirão de “bodes expiatórios”, condenados sob a égide de um direito penal cada vez mais rigorista, que torna cada vez mais elástica as penas, por conseguinte os períodos no cárcere.

A prisão funciona como reforço da dicotomia entre as formas de criminalidade, divididas em um rol que, por um lado, contém um vultoso número de marginalizados, os quais são realmente suscetíveis à privação de liberdade e, por outro lado, uma relação de criminosos que atuam em patamares que asseguram de forma quase inequívoca a impunidade.

Para Maria Lúcia KARAM, faz-se “imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso.”⁶⁰⁵ Com isso se possibilita “a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder.”⁶⁰⁶ Pune-se a criminalidade sentida mais diretamente no cotidiano, ainda que a violência urbana tenha como um de seus fatores a carência de políticas públicas, que muitas vezes não podem ser implementadas por falta de verba, escassa também em virtude de desvios e casos de corrupção, envolvendo criminosos de “colarinho branco”.

De acordo com BAUMAN, O perigo percebido pela sociedade em virtude dos crimes dos poderosos (*crime at the top*) é de uma ordem diferente da criminalidade das ruas. A punição dos poderosos é incapaz de aliviar o perigo sentido cotidianamente pela coletividade, vinculado à violência urbana. A sociedade não compreende que há um vínculo incontestável entre esse tipo de violência (consequência) com a criminalidade econômica (causa).⁶⁰⁷

Em linhas muito simples, é coerente pensar que o criminoso de “colarinho branco” que desvia milhões do orçamento pode ser responsável por alguns indivíduos que na base da

⁶⁰⁴ NERI, Regina. Enfraquecimento da lei ou aumento do poder punitivo? Uma reflexão sobre o discurso psicanalítico da crise do simbólico na contemporaneidade. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 17/18, 2010, p. 263.

⁶⁰⁵ KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva*, cit., p. 82.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ Cf. BAUMAN, Zygmunt. Social Uses of Law and Order. In: *Criminology and Social Theory*. Oxford: Oxford Press, 2000, pp. 41-42.

pirâmide social acabam roubando, em virtude da carência de oportunidades pela ausência de programas governamentais não implementados em virtude da falta de verba que foi desviada. Não se quer com essa constatação eximir os assaltantes da repressão penal, mas sim apontar que concentrar esforços na repressão de crimes no topo da pirâmide tende a desencadear uma melhora na sociedade como um todo. O que não é razoável é utilizar, como tem sido feito, os miseráveis como exemplos, na hora da aplicação do Direito penal, já que isso não tem qualquer capacidade de estancar a criminalidade e só faz perpetuar o ciclo de seleção, criminalização e estigmatização que se repete dentro da sociedade.

A aplicação menos seletiva do Direito penal não implica sua consecução do ideal de Justiça. Tal noção serve apenas como um norte teleológico do Direito em geral. Mesmo esse sentido deve ser mitigado pois, como já delineado, não parece razoável clamar pelo Direito penal como instrumento de busca de Justiça em uma perspectiva retribucionista. É irrazoado querer a punição de todos os ofensores em virtude de um imperativo calcado na Justiça. Tampouco punir mais basta, a não ser que o incremento de punição proporcione um processo de intimidação.

A questão reside, portanto, em punir melhor para, então, punir menos. Nesse escopo, punir melhor significa a diminuição da seletividade, fazendo com que o Direito penal alcance espaços de impunidade penal, notadamente no que se refere à criminalidade econômica de grande monta. Por outro lado, punir melhor significa instrumentalizar o sentido comunicativo da norma de modo que ele se alinhe à função do Direito penal, ou seja, a sanção deve ser utilizada como reação (mais do que possível ou plausível) provável para quem ofende bens jurídicos penalmente relevantes.

Se a sensação de impunidade é amenizada por uma punição mais homogênea (o que, de forma alguma, significa mais severa), o sentido dissuasório da norma penal ganha força e, em tese, os bens jurídicos passam a ser menos ofendidos, o que possibilita, como consequência derradeira, a possibilidade de se punir menos. Essa é a lógica que sustenta toda a noção do Direito penal em sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Obviamente, para que tal lógica seja constatada, é fundamental que as disfunções que acometem o Direito penal (como a seletividade) sejam minimizadas. Para tanto, mínimo deve ser o Direito penal, não apenas como *ultima ratio*, mas, além disso, perante aspectos como necessidade e razoabilidade, sempre tendo em conta a sua utilidade no resguardo de bens

jurídicos.⁶⁰⁸

Saindo do campo ideal e analisando a atual configuração do Direito penal, é inconteste que ele não age em uma perspectiva preventiva de proteção de interesses (justos), a não ser a partir de uma postura extremamente cínica, no sentido ignóbil desta expressão. Isso porque a realidade seletiva do Direito penal necessariamente coloca em suspensão qualquer possibilidade de alcance de Justiça, por mais que os bens jurídicos estejam cada vez mais protegidos (ao menos no plano do dever-ser com mais tipos penais sendo promulgados).

Não se quer dizer aqui que só se pode punir de duas formas: ou ninguém ou todos. Até porque, se, ao contrário do que se verifica na realidade, ocorresse a dissuasão mediante a punição de apenas alguns indivíduos (não selecionados), tanto melhor seria⁶⁰⁹, já que isso implicaria um uso eficiente, além de necessariamente eficaz e efetivo, do Direito penal.

Nesse sentido, o Direito penal poderia ser considerado “justo”⁶¹⁰, porque estaria alcançando sua função, mesmo que punindo parcialmente, desde que tal punição fosse aplicada proporcionalmente, como forma de reação a uma ofensa, nos moldes da finalidade retributiva da pena.

No entanto, essa perspectiva de dissuasão não ocorre na realidade. Embora nela haja uma inequívoca punição de apenas alguns, há uma nuance intolerável na aplicação parcial da pena, justamente a seletividade, que até pode ser justificada em termos retributivos, mas é totalmente rechaçável dentro de uma ótica preventiva.

Assim, mais além do que punir alguns, a questão da seletividade diz respeito a punir sempre a mesma categorias de indivíduos, selecionados com parcialidade. Porém, ainda mais nefasto que isso, é a intensidade da punição direcionada aos indivíduos selecionados pelo arbitrário filtro do Direito penal: punem-se poucos em nome de muitos, em uma patente

⁶⁰⁸ Apesar da afirmação da violência como sinônima de irracionalidade, o que parece ser discutível, o seguinte excerto apresenta premissa e conclusão inquestionáveis: “Impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação do seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

⁶⁰⁹ O que vai de encontro com o imperativo categórico kantiano, mas está em coerência total com a prevenção geral negativa dentro do Direito penal mínimo.

⁶¹⁰ Justo, não na perspectiva de consecução da Justiça, mas sim em um sentido de merecimento, legalidade e proporcionalidade, já que ainda que as penas só estejam sendo aplicadas a alguns, tal aplicação só recai sobre indivíduos que mereceram em razão dos atos praticados (subsunção do fato à norma vigente) e nos limites da proporcionalidade da pena em razão da culpabilidade.

injustiça. As penas são desproporcionalmente imputadas a alguns, dentro de um intencionalmente ilógico raciocínio de que a culpa geral pode ser expiada por alguns poucos.

Assim, portanto, a atual configuração do Direito penal – notavelmente seletiva – é inefetiva e injusta.

Inefetiva – por punir só alguns, ocorrendo com isso uma sensação de impunidade que prejudica sua capacidade dissuasória – e injusta, porque as penas, são quase sempre aplicadas a um público bem delineado e de uma forma extremamente desproporcional.

A seletividade do sistema penal deve ser extirpada do Direito penal, o qual deve, como dito, punir melhor (de forma mais ampla e com maior racionalidade e proporcionalidade) para punir menos (em virtude da dissuasão promovida pela internalização dos cidadãos de que impunidade não é mais inequívoca).

Todavia, o combate à seletividade também depende da supressão de um expediente que é valiosíssimo ao uso simbólico do Direito penal: a utilização de “bodes expiatórios”.

7.3.3.1 - A eleição de “bodes expiatórios”

O Direito penal está longe de ser um tema que pertença exclusivamente à ordem da razão dos cidadãos. Qualquer estudioso que racionalize e teorize sobre o tema necessita ter em mente que o Direito penal desempenha um papel que se desenvolve em um campo eminentemente emocional e, até mesmo, inconsciente dos indivíduos.⁶¹¹

No limite, temas como a violência e medo⁶¹², são carregados de um componente

⁶¹¹ “O drama do crime e da punição impulsiona um conflito “real” entre os instintos e a repressão que a maioria dos adultos experimentou em algum nível. Sendo essa a questão, os símbolos da punição parecem ter relação com as memórias pessoais e associações individuais particulares, produzindo atitudes e envolvimento que poderiam não surgir de nenhuma outra forma.” GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 275, apud SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. In: *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1, São Paulo, 2006, p. 346.

⁶¹² A subjetivação dos dados objetivos relativos à insegurança é discutida em um interessante artigo publicado no jornal inglês *The Guardian* (sobre a diminuição dos índices de violência em Londres, apesar do aumento da percepção da violência) tinha como sugestivo título (traduzido em português): “O crime está caindo. Agora vamos reduzir o medo do crime.” Cf. FOGG, Ally. Crime is falling. Now let's reduce fear of crime. *The guardian*. Londres, 24/04/2013. Importa anotar que o tema da insegurança e percepção da violência será esmiuçado no subcapítulo “4.1 – Um aparte sobre os riscos”.

atávico que exorbita o plano da razão e desperta instintos primitivos no indivíduo e, de forma especial, na coletividade. A psicologia tem esboçado diversas explicações para o comportamento irracional da sociedade perante o universo penal.

A punição é um tema chave para se compreender o que a sociedade pensa e espera acerca do Direito penal. Necessário tomar uma postura crítica para analisar como o Direito penal se apropria do comportamento social e é utilizado de modo alinhado aos anseios e desejos da população. Nesse movimento, a irracionalidade intrínseca ao ser humano é transmitida ao Direito penal. Não se quer dizer com isso que ele se torna irracional, mas sim que, sobretudo, ele é racionalmente utilizado (e isso se liga ao “Direito penal simbólico”) como instrumento de consecução das demandas sociais irracionais.

A pena, no ideário popular, ganha contornos de vingança, sem matizes racionalizadoras jus-filosóficas ligadas às concepções retribucionistas. Todavia, mais do que uma catarse coletiva pela pena vingativa, há razões mais subterrâneas que impelem os indivíduos a desejarem e apreciarem a penalização, mesmo que seja para apenas alguns criminosos. Tais razões, que serão esboçadas, criam o cenário para a astuta utilização de “bodes expiatórios”⁶¹³ pelo sistema penal. A punição que recai sobre apenas alguns tem um sentido simbólico muito intenso, conforme se buscará descrever. Não à toa, a riqueza do significado da penalização seletiva sobre “bodes expiatórios” é explorada pelo “Direito penal simbólico.”⁶¹⁴

O suplício, por meio da tortura pública, cedeu lugar paulatinamente ao aprisionamento⁶¹⁵. Todavia, resquícios do sentido antigo da pena (anterior ao câmbio de perspectiva em direção à prevenção especial, notado no pensamento de autores do fim do século XIX) permaneceram e permanecem intrínsecos à punição por meio do Direito penal. O que ocorre é que, diferente de outrora, não há mais um teatro de horrores aos olhos do público. Em lugar disso, a pena adquire uma nova aura, validada por argumentos humanizadores, como a noção de ressocialização.

⁶¹³ Aponta-se que a gênese do termo tem fundamento bíblico, em uma passagem do Levítico, em seu capítulo 16, versículos 5 a 22.

⁶¹⁴ “O drama do crime e da punição impulsiona um conflito ‘real’ entre os instintos e a repressão que a maioria dos adultos experimentou em algum nível. Sendo essa a questão, os símbolos da punição parecem ter relação com as memórias pessoais e associações individuais particulares, produzindo atitudes e envolvimento que poderiam não surgir de nenhuma outra forma.” GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*, cit., p. 275.

⁶¹⁵ Cf. FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1999.

Todavia, a pena não deixa de satisfazer (de forma muito mais refinada) os aspectos irracionais da coletividade que demandam punição. O sofrimento dos condenados ainda é um elemento central. Contudo, dentro dos muros e longe do cotidiano das pessoas, o suplício está imune à comoção e compaixão da sociedade. Assim, a sociedade se satisfaz (consciente de que os criminosos estão sendo penalizados com firmeza) em um gozo asséptico, de uma coletividade que aprova a punição, mas não quer ser cúmplice⁶¹⁶, tampouco testemunha da penalização.

René GIRARD pontua o judiciário como o instrumento legitimado pelo corpo social a exercer a vingança sobre o “bode expiatório”, ato que representa uma catarse coletiva em que a violência converge sobre um ou alguns indivíduos, ao invés de ser descarregada – como força interna atávica aos seres humanos – de forma desordenada e destrutiva sobre toda sociedade.⁶¹⁷

A punição de criminosos gera um efeito purificador que “consiste na conscientização que ocorre pela visualização do mal, e na libertação do consciente deste conteúdo, pela projeção. Em formulação mais precisa, reconhece-se a pertença do mal à própria estrutura coletiva e se soluciona de maneira coletiva.”⁶¹⁸ Nesse sentido, FENICHEL afirma que “as projeções em geral não se realizam ao acaso, mas se dirigem para algum ponto de realidade onde alguma coisa encontram que lhes correspondem.”⁶¹⁹ NEUMANN assevera, sob um prisma da psicologia, que o sentido de “justiça” (introjetado socialmente):

(...) encontrou sua expressão, no seio do coletivo, na velha pedagogia e instituição jurídica da punição. Também aí deparamos o compromisso da psicologia do bode expiatório, que, na veste do comportamento ético, se oferece ao próprio lado da sombra a possibilidade de se desabafar na forma de castigo, tortura e terrorismo. Execução, penitenciária, prisão, casa de correção, tutela, e também escola e família são, em graus diversos, enquanto formas institucionais do coletivo, expressões precípuas e cruéis campo de

⁶¹⁶ Importante ressaltar que não se trata de uma afirmação absoluta, já que os frequentes casos de linchamento (físico e não apenas simbolizados) relativizam a assertiva.

⁶¹⁷ Cf. GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*, cit., p. 111 e ss.

⁶¹⁸ NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulinas, 1991, pp. 33-34. Em sentido semelhante, cf. BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação...* cit., p. 100.

⁶¹⁹ FENICHEL, Otto. *Teoria psicanalítica das neuroses*. Tradução de Samuel Penna Reis. Rio de Janeiro: Atheneu, 1981, p. 137.

afirmação, justamente do lado da sombra. Toda justiça que se baseia sobre punição, ou seja, não sobre o reconhecimento de que o coletivo no culpado que praticou o mal, tornou-se ele próprio culpado por esse mal, não passa de forma camuflada de justiça de linchamento.⁶²⁰

Assim, constata-se que “a sociedade necessita de criminosos para poder sublimar, por meio da punição sobre eles, tendências agressivas coletivas.”⁶²¹ A sanha punitiva é sublimada pela punição por meio do Direito penal (sendo que as etapas do processo guardam certa semelhança com expressões ritualísticas no sentido sagrado do termo). A pena adquire um viés de satisfação pela externalização da agressão inibida (já que praticada por um terceiro, o Estado) e, além disso, o suplício (e esse termo expressa o sentido mais visceral da pena) serve como remissão da culpa incutida na sombra individual, que é introjetada no condenado.⁶²²

Todavia, uma notável característica dos eleitos como “bodes expiatórios” é o status de “eticamente menos valorizados” a eles conferidos. São os que não correspondem aos valores absolutos do coletivo e também não estão em condições de, mediante a formação de uma personalidade aparente, realizar sua adaptação ética.⁶²³ Esse traço dos “bodes expiatórios” serve de critério para a seletividade do sistema penal, buscando uma consequência prática: a impunidade de determinados grupos por meio da punição excessiva sobre uma parcela de sujeitos. Nesse sentido:

A identificação de uma classe criminal e seu afastamento permite reduzir a hostilidade social contra as classes poderosas e dirigi-la aos mais desfavorecidos, os quais, sendo estigmatizados, cumprem uma função ritual de “bode expiatório”. Assim, certos grupos de pessoas que, não obstante, atuaram de modo identicamente criminoso, são liberados da agressividade social. Esse mecanismo permite ao sistema social conservar sua estabilidade. A criminalidade é, pois, funcional ao sistema, contanto que a criminalização seja seletiva.⁶²⁴

⁶²⁰ NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*, cit., p. 39.

⁶²¹ REIWALD, Paul. *Society and its criminals*. Nova Iorque: International Universities Press, 1950, p. 235.

⁶²² Acerca do tema, cf. REIK, Theodor. *Myth and Guilt: The Crime and Punishment of Mankind*. Nova Iorque: George Braziller, 1957, p. 259 e ss.

⁶²³ NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*, cit., p. 35.

⁶²⁴ CASTILLO BARRANTES, Jorge Enrique. *Becker y Chapman, criminologos interaccionistas*. Costa Rica: Ilanud, 1980, p. 49.

Nesse escopo, sob a desculpa falaciosa da ressocialização, a prisão guarda um abjeto sentido ritualístico de local de suplício (em uma releitura “entre muros” da punição pré-ilustração), em que seus hóspedes (“reeducandos”) devem padecer, como forma de expiação do mal, em um sentido amplo e genérico, não limitado aos seus atos, exorbitando a medida da culpa de cada um. Isso é facilmente notável na impopularidade de melhorias de condições do cárcere, que supostamente poderiam amenizar o sofrimento que tais indivíduos merecem, segundo a opinião de boa parte da sociedade.⁶²⁵

Marcelo NEVES aponta para o ponto central da argumentação construída até aqui, qual seja a constatação de que o uso de uma punição seletiva e irrazoada, por meio de “bodes expiatórios”, é uma manifestação do “Direito penal simbólico”:

Do ponto de vista psicanalítico, sustenta-se que a legislação pode constituir um processo de estabilização do ego, mesclando-se aí variáveis instrumentais e simbólicas. 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 lei punitivas ou restritivas de direitos a necessidade de “bodes expiatórios”, estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando outros de responsabilidades ou sentimentos de culpa. Porém, nessa hipótese, em não havendo eficácia dos preceitos legais, estaremos num típico caso de legislação simbólica.⁶²⁶

Como há pequena probabilidade de que um crime seja punido no país, busca-se aumentar sua sanção às alturas, como forma de desestimular a prática delituosa. Teleologicamente, poder-se-ia imaginar o legislador pensando da seguinte forma, ao aumentar a extensão da pena para um crime: “difícilmente você será condenado por cometer o crime previsto nesse tipo, no entanto, note que se você tiver o azar de o ser, sua pena será muito alta,

⁶²⁵ Nessa linha, MUÑOZ CONDE aponta criticamente que *slogans* como “la humanización del derecho penal supone la indefensión de la sociedad” o “la reforma penitenciaria pretende construir hoteles de cinco estrellas para asesinos”, podem ser ouvidos e lidos inclusive em alguns periódicos e publicações pretensamente sérias. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 126. Os trechos entre aspas foram deixados na língua original, com o intuito de demonstrar que o discurso punitivista espanhol, sem qualquer adaptação decorrente da tradução para o português, é extremamente similar ao brasileiro).

⁶²⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. cit., p. 50. Cabe ressaltar que o autor chama de “eficácia” o que foi definido neste trabalho como “efetividade”

o que intimidará os demais indivíduos”. Este seria o pensamento de um legislador ingênuo, crente no potencial dissuasório por meio da severidade da pena.

No entanto, um legislador astuto e populista, que buscasse operar sobre a percepção da sociedade e seus mecanismos internos de projeção e catarse, aumentaria a pena, raciocinando na seguinte direção: “difícilmente alguém passará a ser condenado, mas o mero aumento da pena já invoca um sentido de satisfação na sociedade, convicta que é no rigorismo. No entanto, melhor ainda possibilitar que indivíduos sejam seletivamente apenados, pois servirão de ‘bodes expiatórios’ da comunidade, possibilitando que ela projete seus traços internos e intoleráveis sobre esses criminosos⁶²⁷, imunizando, dessa forma, tantos outros delinquentes que transitam pela impunidade.”

7.4 – Elementos para o saneamento do simbolismo no Direito penal

O título acima alude ao propósito almejado neste derradeiro capítulo, que é o de propor uma série de medidas que possam atenuar o “Direito penal simbólico”, o que implicaria a diminuição da utilização deturpada dos símbolos no Direito penal. Nesse sentido, sanear o simbolismo no Direito penal implica deixá-lo apenas com os aspectos simbólicos intrínsecos a ele ou que sejam contingentes e benéficos a sua dinâmica.

Obviamente, é utópico imaginar que o problema do “Direito penal simbólico” possa ser extirpado, mas parece ser possível proceder de forma que ocorra um abrandamento em sua incidência, o que colaboraria para um Direito penal mais racional e, por conseguinte, mais efetivo e menos seletivo. Há que se indagar o que seria necessário – em termos de modificação na estrutura social, midiática, política – para se vencer a falácia que apregoa o rigorismo como a tônica da efetividade penal.

Diante dessa questão, em primeiro lugar, é imperioso enfrentar a problemática,

⁶²⁷ Não há dúvidas que o expediente do “bode expiatório” atinge seletivamente os criminosos das camadas mais baixas da sociedade. No entanto, não se pode subestimar que, de tempos em tempos, políticos corruptos, empresários corruptores, jovens alcoolizados envolvidos em acidentes, etc... são colocados, individualmente, na posição de “bodes expiatórios” (papel potencializado pela cobertura midiática), sofrendo um linchamento simbólico da sociedade em nome de todos seus pares que praticam atos do mesmo gênero, todavia se mantêm dentro das cifras “negras” e “douradas”, incólumes à persecução penal.

conhecendo-a detidamente. Para tanto, fundamental delinear o fenômeno de forma correta, levando em consideração a dicotomia elaborada, que divide o “simbolismo no Direito penal” do “Direito penal simbólico” como, respectivamente, continente e conteúdo, sendo este último indesejável sob o prisma de um Direito penal racional.

Por meio desse passo inicial, é possível definir e delimitar o problema de modo que ele seja confrontado de forma específica, sem que o simbolismo legítimo e, até mesmo, imprescindível ao Direito penal seja atacado. Portanto, a distinção evidencia que nem toda utilização de símbolos no Direito penal é ruim, sendo que no limite, é inconcebível imaginar o Direito penal, nos moldes em que ele é concebido, sem uma intensa utilização de aspectos simbólicos.

Só se pode almejar extirpar ou, nesse caso específico, atenuar um problema, a partir de sua detecção minimamente precisa, que permita que as soluções sejam aplicadas de forma restrita, sem prejuízo dos demais aspectos simbólicos do Direito penal, o que fatalmente levaria a uma instrumentalização exacerbada, prescindindo da prevenção geral positiva, uma finalidade fundamental da aplicação do Direito penal, muito embora tal finalidade seja secundária e decorrente da prevenção geral negativa.

Nesse diapasão, de nada adianta o Direito penal ser efetivo instrumentalmente e proteger bens jurídicos se isso não é comunicado à sociedade e os cidadãos não enxergam que seus semelhantes observarão as disposições do ordenamento penal. O movimento de interpretação do Direito penal como vigente, legítimo e fiável instrumento de proteção social depende de aspectos simbólicos, os quais não são apenas benéficos, mas sim essenciais ao Direito penal. Portanto, o que deve ser combatido é a falsa percepção da realidade que gera uma confiança fugaz e irrazoada no Direito penal ou ainda a atribuição, por meio de um engano – que opera com significados simbólicos latentes – de finalidades inadequadas à função e propósito atinentes ao Direito penal racional e adequado a um Estado Democrático de Direito.

O “‘Direito penal simbólico’ é uma disfunção do Direito penal, que ocorre mediante a interpretação simbólica de conteúdos latentes de um ato, proporcionando um engano que contribui para a inefetividade do Direito penal.” O conceito está construído, muito embora esteja sujeito à críticas que permitam que ele seja melhor lapidado. Então, mais do que enumerar em um rol, com diversas categorias de normas que possam ser pontuadas como simbólicas (no sentido negativo do termo), aplicar o conceito criado – como parâmetro

limitador do “Direito penal simbólico” sobre atos de cunho penal – parece ser muito mais benéfico à eliminação ou mitigação dos aspectos simbólicos perniciosos ao Direito penal.

Nesse sentido, a partir do conceito estabelecido, é possível – pensando apenas no plano normativo – analisar todo o ordenamento penal e pinçar todas as normas caracterizadas como de “Direito penal simbólico”. Indo além, é possível e parece salutar trabalhar com o conceito de forma prospectiva, operando em relação a todos os atos de cunho penal que venham a surgir e a sugerir algum tipo de excesso simbólico.

É inegável que no plano fático, as condutas típicas de “Direito penal simbólico” deveriam ser punidas e/ou reformadas. No entanto, no que concerne à punição, a carência de aplicabilidade de sanções que é característica do Direito penal seletivo, também é compartilhada por âmbitos administrativos. Assim, por exemplo, agentes que atuam em flagrante desrespeito às normas não sofrem qualquer tipo de sanção, quando agem em prol do “interesse popular” que é uma expressão valiosa para quem quer deturpar o Direito penal e utilizá-lo, muitas vezes, de forma pouco democrática em suas finalidades, muito embora envolto por um véu de validação da sociedade. Por outro lado, a ideia de reforma de atos de “Direito penal simbólico” esbarra na discricionariedade da interpretação, por exemplo, de um magistrado.

A carência de previsão ou de aplicação de sanções ou de revisões de atos que estão dentro do espectro do “Direito penal simbólico” não esvazia o conceito em sua totalidade, uma vez que ainda resta todo seu potencial crítico, apto a detectar e denunciar as manifestações do fenômeno na realidade. É, ao menos em teoria⁶²⁸, a partir da tomada de consciência acerca da real dimensão do problema e de como ele afeta o Direito penal, que se pode conceber um panorama em que o “Direito penal simbólico” seja um fator criticamente levado em consideração dentro das decisões que compõem o universo do Direito penal.

Mencionou-se acima a necessidade de tomada de consciência dos malefícios do “Direito penal simbólico”. Para tanto, além de sua definição e detecção, imprescindível que haja uma propalação desse problema para além do meio acadêmico, sendo este outro ponto a

⁶²⁸ A expressão “ao menos em teoria” tem razão de ser pelo ceticismo acerca das boas intenções dos legisladores e operadores do Direito penal. Nesse sentido, por mais que o problema do “Direito penal simbólico” seja detectado e delineado, não se pode falar em modificação do panorama sem que haja vontade política para tanto. Assim, por exemplo, na ótica da Criminologia Radical (com a qual não se concorda integralmente nesse aspecto), o “Direito penal simbólico” não pode ser extirpado do Direito penal, pois este é uma estrutura construída para a dominação e controle social de classes subalternas, sendo que o uso de medidas simbólicas perniciosas, é um expediente intrínseco a essa estrutura.

ser considerado nas práticas de saneamento do simbolismo no Direito penal.

É certo que a ingerência do jogo político (em seu sentido que contempla a satisfação de interesses escusos e expedientes rasteiros de manipulação da Política) sobre o meio acadêmico é extremamente perniciososa. Todavia, a recíproca não é verdadeira. A academia não pode relutar em expor e se expor, haja vista ter ela uma inafastável incumbência de pensar e buscar soluções para os mais diversos problemas da sociedade.

Nesse escopo, embora não se vislumbre uma mudança imediata na manipulação do Direito penal pelo corpo político ou pela mídia, a partir de uma ampliação do alcance do discurso acadêmico, há que se extrair o Direito penal do campo dos especialistas. Do contrário poucos dominarão a dinâmica de um instrumento totalmente apto, senão já utilizado, para a dominação. De nada adianta a postura crítica contra um objeto de estudo, se ela não reverbera mais adiante da zona de conforto, onde se espalha o consenso de alguns.

O “Direito penal simbólico” depende de uma interpretação da sociedade que considera o rigor da pena como efetivo ou que crê em finalidades que não são legítimas à aplicação do Direito penal. Não se nega que a desconstrução do senso comum criado em torno do Direito penal, com todas suas deturpações observáveis, é uma tarefa complexa, pois mesmo indivíduos pertencentes ao universo jurídico comungam dessa falácia. Uma espécie de “proselitismo” dos penalistas é importante nesse sentido, visto que é imperativo que eles não se furtem à tarefa de expor seu objeto de estudo para além dos muros da academia. Há que se persistir nessa missão, por mais que ela implique numa desagradável saída da zona de conforto, ao se deixar o âmbito dos especialistas, para o ambiente inóspito que congrega quase todo resto da sociedade. Esta – cuja parcela considerável, amparada no quiasmo “Direitos humanos para humanos direitos”⁶²⁹ – costuma desprezar vozes que destoam do discurso rigorista.⁶³⁰

A impopularidade de quem ousa se posicionar em prol de um Direito penal racional e mínimo costuma ser infalível. No entanto, esse aparente “trabalho de Sísifo” deve ser

⁶²⁹ Cf. PAGLIONE, Eduardo Augusto. Direitos Humanos para humanos direitos: um apotegma ou apenas um quiasmo? In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: nº 207, fev. 2010.

⁶³⁰ A respeito dos Direitos Humanos, cabe apontar que eles “não entram em conflito com a ideia de um Direito penal eficaz, e sim o justificam e delimitam, já que esse sistema jurídico está dirigido à própria proteção do indivíduo frente à intervenção do Estado. Dessa forma, incluindo a busca de uma mais ampla proteção ou seguridade social não justifica a violação de direitos fundamentais, sob pena de converter o Direito penal em instrumento autoritário de controle político. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Derechos Humanos y limites de la intervención penal em Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

incansavelmente empreendido pelos acadêmicos, para que ao menos o debate minimamente qualificado seja fomentado, ainda que mínimos sejam os efeitos no que concerne à mudança de postura dos cidadãos.

É fundamental dar publicidade às constatações que costumam ficar hermeticamente adstritas aos especialistas, ao “campo” do Direito penal, de acordo com a terminologia de BOURDIEU. Almejar uma ampliação do eco isolado da academia é fundamental para iniciar uma tentativa de contrapor o discurso rigorista que impera na opinião pública.

Portanto, o primeiro passo para se fazer ouvir é se expressar (leia-se, escrever e falar em veículos que alcancem um público que vá muito além do âmbito dos especialistas), independentemente da surdez dissimulada de autoridades, das reações irracionais e ferrenhas críticas que costumam recair sobre quem ouse contrariar o senso comum construído solidificado acerca do Direito penal em sua conformação e suas possibilidades.

Já se afirmou que é necessário para o saneamento do simbolismo no Direito penal distinguir a utilização positiva e negativa dos símbolos no Direito penal, conceituar a utilização negativa dos símbolos e aplicar tal conceito à realidade. Além disso, propalar, de forma mais irrestrita possível, as conclusões alcançadas nas investigações acadêmicas, visando a uma ampliação da tomada de consciência da sociedade acerca do Direito penal. Essa última necessidade suscita uma outra questão, também basilar à proposta de saneamento: qual a função do Direito penal e sua real potencialidade dentro de um Estado Democrático de Direito.

Mas, mais especificamente, é fundamental estabelecer um parâmetro norteador, a partir do qual se possa aferir de forma minimamente objetiva a que passo está o Direito penal, evitando com isso que a percepção subjetiva da coletividade seja o fator modificador da configuração do Direito penal.

Com isso, não se afirma que a sociedade será relevada em suas demandas e, sobretudo, em sua exigência de segurança. No entanto, essa percepção de segurança deverá ser buscada a partir da modificação do plano fático. É dizer, haverá segurança a partir da confiança de que a norma será observada, ou seja, a prevenção geral positiva só pode ter razão de ser a partir da prevenção geral negativa. Manipular a confiança no Direito penal sem levar em consideração a sua instrumentalidade é atuar simbolicamente sobre a percepção da coletividade, o que é intolerável.

Portanto, importa sim a percepção da sociedade e sua confiança no Direito penal.

Tanto importa que seu norte deve ser a efetividade com que ele protege bens jurídicos, intimidando lesões ou ameaças. Assim, a preocupação com a efetividade do Direito penal é posterior à verificação de sua subsidiariedade, necessidade e proporcionalidade. Nesse sentido:

Constituindo-se o direito penal como *ultima ratio*, deve o Estado antes esgotar todas as alternativas menos custosas para a proteção dos interesses sociais, dando preferência à utilização de meios desprovidos de sanção, como uma adequada política social, passando, depois, aos mecanismos sancionatórios de controle social não penais, nomeadamente nos âmbitos civil e administrativo. Do mesmo modo, apenas se justifica a necessidade da intervenção jurídico-penal num contexto democrático quando esta for útil para cumprir seu objetivo protetor, e não com um efeito meramente simbólico.⁶³¹

Analizadas essas premissas, há que se assegurar que o Direito penal seja efetivo. Se assim o for, dentro dos limites do que se considerar satisfatório, a percepção da sociedade e sua confiança no ordenamento estará pautada pela realidade e não enviesada por embustes que operam simbolicamente, como no caso de normas com penas absurdamente gravosas que, no entanto, são aplicadas seletivamente.

Dessa forma, a efetividade do Direito penal (a partir de um mínimo instrumental que diminua a sensação de impunidade que percorre a sociedade) como perspectiva do aumento de sua dissuasão parece ser uma exigência inafastável à diminuição do “Direito penal simbólico”, o qual justamente atua camuflando esse déficit de efetividade a partir de significados expressivos, que inculcam uma percepção deturpada acerca do Direito penal.

Em planos teóricos, a efetividade seria alcançada, inicialmente, por meio de uma

⁶³¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., pp. 43-44. Fundamental rememorar que, em que pese sua caracterização como *ultima ratio*, há circunstâncias em que nem ao mesmo nessa posição subsidiária o Direito penal deve ser utilizado. Nessa linha, a oportuna metáfora de ZAFFARONI: “Poderíamos responder com a chamada lógica do quitandeiro, que não apenas é extremamente respeitável como também impecável, e com a qual nós, penalistas, temos muito o que aprender. Se uma pessoa vai a uma quitanda e pede um antibiótico, o quitandeiro lhe dirá para ir à farmácia, porque ele só vende verduras. Nós, penalistas, devemos dar esse tipo de resposta saudável sempre que nos perguntam o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, cit., pp. 184-185.

maior instrumentalidade da norma, com a diminuição da “cifra negra” e, sobretudo (pensando na seletividade), da “cifra dourada”. Como já se advertiu anteriormente, o excesso instrumental deve ser evitado, haja vista que a instrumentalidade da norma só é necessária ao ponto de suscitar a intimidação por meio da norma, cuja condição necessária é a diminuição da sensação de impunidade, ocorrendo, por conseguinte, a certeza (como estado mental) da punição.

Cabe mais uma vez clarificar que maior efetividade não significa mais rigor.⁶³² Não se vislumbra a necessidade de recrudescer a legislação existente, mas ao contrário, seria condizente à proposta de Direito penal racional uma diminuição da extensão da pena em determinados tipos penais, a descriminalização de tantos outros e a atribuição de status de excepcionalidade à pena privativa de liberdade.

Ainda sobre o tema, não parece que a pena de prisão possa ser passível de uma abolição abrupta – se é que um dia ela poderá ser abolida – mas é inegável que sua utilização deve ser mitigada, o que contribuiria para a diminuição do estigma seletivo do Direito penal. Assim, a maior efetividade do Direito penal passa ao largo de seu recrudescimento e da pena privativa de liberdade, já que a certeza da punição (que não se restringe à prisão) é o fator preponderante à dissuasão⁶³³, conforme sedimentado entendimento da Criminologia.

Todavia, necessário ressaltar que a diminuição da seletividade é uma via de mão dupla, ou seja, não basta passar a prender menos a “clientela” de sempre (o preto e o pardo pobre, conforme a classificação do IBGE, os quais compõem a maioria dos encarcerados do país) por condutas irrelevantes (como o pequeno tráfico ou o furto de bagatela cometido por um réu primário). Isso não diminui a seletividade, só diminui o número de encarcerados (o que é uma medida positiva, mas que não enfrenta o cerne da questão).

A questão é de lógica: se em uma sociedade heterogênea e criminosa em todos suas classes, grupos, gêneros e categorias concebíveis, prende-se um montante de 100 indivíduos de um grupo em detrimento dos outros, há uma seletividade inequívoca. Contudo, se há uma

⁶³² Assim como maior intervencionismo estatal, justificável no contexto democrático atual em benefício do próprio desenvolvimento social e, assim, dos cidadãos diretamente implicados, não significa necessariamente maior intervencionismo penal. Ao contrário, tomado o Estado como instrumento a serviço dos indivíduos, a atividade político-criminal deverá estar necessariamente orientada à busca da proteção dos respectivos direitos fundamentais, mesmo na esfera penal. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 47-48.

⁶³³ A certeza da punição é o fator preponderante adstrito ao Direito penal, já que a diminuição de outros fatores criminógenos (por exemplo, a desigualdade social) e controles sociais informais são apontados como mais efetivos anteparos à criminalidade, em relação à certeza da punição penal.

diminuição de 100 indivíduos para 50, sendo que tais indivíduos ainda são de grupos específicos, não há que se falar numa diminuição da seletividade, muita embora tenha havido um decréscimo em números absolutos.

Dessa forma, além de uma nova aproximação para casos que não tenham relevância penal ou que não mereçam a aplicação da pena, é fundamental que a seletividade seja atenuada a partir da punição de indivíduos que sempre ficaram resguardados em relação ao Direito penal. Há que se levar em consideração que as modificações do Direito penal elaboradas visando à penalização dos criminosos de “colarinho branco” podem reverberar sobre o núcleo do Direito penal e, por conseguinte, afetar aqueles que já padeciam em virtude da seletividade.

No entanto, na atual configuração do Direito penal seria possível uma menor “cifra dourada”, sendo necessário para tanto, em apenas um exemplo, mais e melhores auditores devidamente independentes em relação aos órgãos e indivíduos investigados. O que se busca demonstrar, é que os princípios do Direito penal poderiam permanecer intactos se houvesse maior vontade política de se implementar medidas que garantissem instrumentalidade às normas.⁶³⁴

Afirmou-se que a efetividade do Direito penal promoveria a confiança da sociedade no ordenamento, já que se creria que o efeito intimidador da norma contribuiria para a proteção dos bens jurídicos, que não seriam afrontados por temor da sanção penal. No entanto, em que medida a diminuição da seletividade contribuiria para a efetividade do Direito penal, ou, ao menos, para uma confiança fidedigna da sociedade em relação à realidade?

A resposta está na percepção de vigência da norma⁶³⁵ por todos, independentemente de posição social ou poder econômico. O espectro de impunidade que permeia a sociedade é em grande parte explicado pela “cifra dourada”, já que é notória a noção de que os poderosos não são punidos no Brasil (e, embora esta não seja uma regra absoluta, tal impressão é facilmente constatável).

A penalização dos poderosos diminuiria a anomia dos cidadãos em relação ao

⁶³⁴ Contudo, não se pode ser ingênuo ao lançar olhar sobre essa questão, já que a falta de implementação dessas modificações decorre em grande parte da resistência daqueles que estariam aptos a promovê-las, temerosos de que seus efeitos pudessem afetar seus interesses particulares, que têm primazia em relação ao interesse público, o qual deveria ser zelado por tais indivíduos, em razão dos cargos que ocupam.

⁶³⁵ Como já repetido ao longo do trabalho, a satisfação da expectativa sobre a vigência da norma é consequência advinda da função primordial do Direito penal, qual seja a proteção subsidiária de bens jurídicos.

ordenamento penal, já que em decorrência da instrumentalidade da norma, os indivíduos a perceberiam como confiável, independente do autor e tipo de crime cometido. A sensação de que as leis são feitas apenas para punir alguns seria mitigada e sua observância estaria reforçada pela noção de que todos estão sujeitos às sanções penais.

Além disso, quanto menos seletiva for a punição, menor será a necessidade da eleição de alguns indivíduos como “bodes expiatórios”, que é uma utilização simbólica da pena. Mais ainda, a efetividade das normas tornaria supérflua a necessidade de recrudescer o ordenamento com o fito de apaziguar a sociedade, já que a atuação do Direito penal de forma mais homogênea seria um argumento objetivo que influenciaria na percepção da realidade.⁶³⁶

As razões pragmáticas para a diminuição da seletividade foram descortinadas e parecem mais que suficientes. Torna-se, dessa forma, desnecessário e até mesmo indesejável que o Direito penal, visando à diminuição da seletividade, esteja alicerçado em discursos moralistas como aquele que apregoa que “o exemplo deve vir de cima”, sugerindo que a penalização dos poderosos desencadearia uma observância das normas por todo o restante da sociedade. Isto não parece ser verificável, exceto em casos específicos, nos quais indivíduos menos resguardados que grandes empresários ou políticos cogitassem cometer crimes do mesmo gênero que aqueles pelos quais sujeitos mais poderosos foram punidos. Nesse caso, tais indivíduos poderiam ponderar que a punição para aquele tipo de crime alcançou sujeitos mais protegidos, portanto, então seria plausível imaginar que eles também estariam totalmente suscetíveis à punição.⁶³⁷

⁶³⁶ Uma racionalização e minimização do alcance do Direito penal não necessariamente implica numa diminuição acerca das expectativas que recaem sobre ele. Setores da sociedade podem cobrar uma volta do rigorismo (essa dialética no jogo político acaba criando um movimento pendular no Direito penal, que ora pende ao laxismo e ora ao rigorismo). Portanto, é concebível que a percepção da realidade continuasse distorcida mesmo em um cenário de efetividade do Direito penal. Todavia, como dito anteriormente, se objetivamente o Direito penal funcionar de forma satisfatória, não há que se levar em consideração a percepção enviesada da sociedade, promovendo mudanças a partir de suas demandas, mas sim buscar harmonizar as subjetividades, em um exercício de publicidade e convencimento a partir dos dados reais, verificados empiricamente.

⁶³⁷ Dessa forma, a finalidade intimidadora da punição aos criminosos de “colarinho branco” seria voltada a seus semelhantes e a uma limitada parcela da sociedade composta por indivíduos em “escalões” mais baixos que também se envolveriam em crimes econômicos. Assim, a diminuição da seletividade por meio da punição dos poderosos é muito mais voltada à confiança social no ordenamento, já que há uma ressalva ao potencial dissuasório relacionada à inteligibilidade do significado simbólico da punição dos poderosos. Nesse sentido: “Se é certo que sessenta por cento do nosso atuar humano está determinado por nossa herança genética e o resto pela mimética (Pinker, 2009, 541 e ss.), os memes adquiridos em uma sociedade na qual cinquenta por cento de seus cidadãos vivem sob o umbral da pobreza dificilmente conseguirão transmitir sua mensagem normativa. Só a ameaça, nestes casos, restará inteligível.” SERRANO-PIEDRECASAS, J. R. El pensamiento complejo y el Derecho penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (org.), *Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madri: Edisofer, 2013, pp. 243-244.

Há ainda um último argumento, o mais óbvio e suscitado dentre todos, que merece ser repisado acerca da punição dos crimes de “colarinho branco” e a diminuição da seletividade. Ele diz respeito à gravidade das ofensas a bens jurídicos que ocorre por meio da criminalidade econômica e/ou da corrupção. Políticas públicas – muito mais úteis à diminuição da violência do que o próprio Direito penal – rotineiramente deixam de ser implementadas por casos de desvios de verbas, geralmente envolvendo grupos bem articulados que acabam conhecidos como “máfia da merenda”, “máfia dos medicamentos”, dentre tantos outros nomes que já sinalizam a gravidade dos ilícitos. Esse tipo de criminalidade, de uma só vez, fomenta dois fatores criminógenos, pois aumenta a desigualdade social (indivíduos já abastados ficam ainda mais ricos de forma escusa) e prejudica a prestação de serviços e asseguramento de Direitos de boa parcela da sociedade.

Outro ponto vital ao saneamento do simbolismo no Direito penal diz respeito à elaboração normativa. A carência de efetividade das normas penais está mais ligada – na maioria dos casos, sem eximir falhas substanciais nas legislações – à questões de aplicabilidade. Sendo assim, modificações no ordenamento não são fundamentais para uma considerável melhoria do Direito penal, no que concerne ao uso deturpado de elementos simbólicos.

Há que se ter em mente, no entanto, que o “Direito penal simbólico” tem como um de seus principais alicerces a modificação de normas de acordo com a percepção e demandas sociais. Idealmente, qualquer mudança do Direito penal direcionada ao seu processo de “expansionismo” deveria ser rechaçada de antemão.⁶³⁸ No entanto, não se vislumbra que essa tônica de constante mudança – geralmente voltada ao recrudescimento – da legislação penal não se modificará da noite para o dia. Se não é possível cessar de forma decisiva o “expansionismo”, há que se ao menos criar mecanismos que limitem o “Direito penal simbólico”, que é um dos fenômenos que protagonizam esse processo de expansão irrazoada do Direito penal.

Nesse escopo, o objetivo claro, embora politicamente complexo, é refrear quaisquer normas atinentes ao conceito de “Direito penal simbólico” que venham a ser promulgadas.

⁶³⁸ Nesse sentido: “Quaisquer medidas tendentes a alargar o alcance do Direito Penal ou a tornar-lhe mais severo deverão ser tomadas por intrinsecamente indesejáveis e encaradas com muitas ressalvas. Se por tanto tempo nossos pensamentos, tão habituados à lógica das cisões, lançaram-se ferrenhamente no sentido de incremento da condenação, talvez seja o momento de a condenação lançar-se contra si mesma, demonstrando enfim que o já bastante gasto caminho da punição pouco pode favorecer o verdadeiro florescimento humano.” BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação...* cit., p. 120.

Para tanto, novamente há que se rememorar a necessidade de uma dupla avaliação do ordenamento penal, que leve em consideração seus aspectos quantitativos e qualitativos.⁶³⁹

Acerca do último, uma ferramenta que pode ser extremamente salutar ao processo legislativo é a “legística”⁶⁴⁰, expressão pouco conhecida e estudada no Brasil, mas que diz respeito à elaboração de normas, por meio de uma técnica que confira racionalidade ao processo legislativo.⁶⁴¹ Sabidamente, a intenção que promove normas de “Direito penal simbólico” costuma passar ao largo da de critérios que confeririam “qualidade” a uma determinada norma ou que eventualmente nem ao mesmo permitissem que a proposta legal prosperasse.⁶⁴²

Assim, normas de “Direito penal simbólico” são frequentemente aprovadas em virtude de aspectos nebulosos, calcadas nos interesses alheios à função precípua do Direito penal que estão latentes na norma. Nesse sentido, aponta e critica Juarez TAVARES:

O legislador usa o simbólico para, politicamente, justificar seus objetivos que estão por detrás da manifestação de legalidade. O confronto que se deve fazer então, não é simplesmente exigir-lhe a demonstração do dano que quer evitar, senão que enuncie com clareza a norma, pondo de manifesto seus objetivos para que essa norma possa se submeter aos reparos quanto à sua legitimidade. O confronto aberto dos objetivos da lei e dos interesses da comunidade é uma condição de um Estado democrático. A norma deve ser, assim, entendida como um instrumento de comunicação e, como tal, deve

⁶³⁹ Cf. o subcapítulo “4.3.3 – A hiperinflação legislativa”.

⁶⁴⁰ Cf. sobre o tema, DUARTE, David; PINHEIRO, Alexandre Sousa *et al.* *Legística: perspectivas sobre a concepção e redacção de actos normativos*. Coimbra: Almedina, 2002.

⁶⁴¹ “De novo surge um problema que manifesta a necessidade de consolidar um procedimento material, e não só jurídico-formal, de elaboração de decisões legislativas penais que permitam deslegitima-las, com uma correspondente declaração de invalidade, se não cumprirem determinadas exigências relativas a sua correspondência com as realidades e necessidades sociais tal como estas são acessíveis a investigação social.” DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, cit., p. 570.

⁶⁴² Por exemplo, ROXIN afirma que a determinação de uma legítima ou ilegítima criação legislativa com conteúdo simbólico, depende de sua real idoneidade e necessidade para a proteção dos interesses dos cidadãos. ROXIN, Claus. *Problemas actuales de Dogmática Penal*. Tradução de Manuel Abanto Vázquez. Lima: Ara, 2004, p. 36. A grande questão seria estabelecer parâmetros que permitissem aferir a “real idoneidade e necessidade para a proteção dos interesses dos cidadãos.” Juarez TAVARES aponta que “A doutrina traça uma lista de exigências que devem ser atendidas para conter o déficit de legitimidade das normas incriminadoras: da necessidade da lesão do bem jurídico, da clareza e taxatividade dos enunciados, da observância dos princípios de fragmentariedade, da intervenção mínima e da humanidade e da necessidade e da idoneidade da intervenção.” TAVARES, Juarez. *Mito e Ideologia...* cit., p. 8. Tais parâmetros, no entanto, são doutrinários e não vinculam a elaboração normativa.

expressar exatamente o objetivo de seu emissor. O emissor da norma não pode, pois, usar o simbólico para, usurpando seu mandato, confundir o seu destinatário, fazendo crer que regula certo ato, quando, na verdade, persegue outros objetivos, que, uma vez postos à mostra, evidenciam a ilegitimidade da proibição ou do comando.⁶⁴³

Por outro lado, além do componente volitivo, há outro componente, que é de cunho permissivo, possibilitando que as normas de “Direito penal simbólico” componham o ordenamento: a falta de limites objetivos voltados ao conteúdo material da norma, uma vez que os procedimentos atinentes ao processo legislativo estão quase que exclusivamente ligados a aspectos formais. Nessa esteira, se formalmente correta, a norma dependerá basicamente do bom senso dos congressistas, no que diz respeito ao plano material. No entanto, não raras vezes, o bom senso dá lugar a votos orquestrados, acordos duvidosos e tantos outros expedientes que arruinam o mínimo de imparcialidade exigido ao se aprovar uma norma.

Em suma, parece essencial que haja um incremento no incipiente debate brasileiro acerca de critérios qualitativos para as normas. Possivelmente, a conclusão posterior à discussão seja a de que critérios legislativos sejam demasiadamente prejudiciais à discricionariedade do processo legislativo. No entanto, essa conclusão só pode ser alcançada a partir de um exame mais pormenorizado do tema.⁶⁴⁴

Se a legística ainda necessita de maiores luzes na doutrina brasileira, recai sobre uma definição de “Direito penal simbólico” a tarefa de delinear criticamente normas que venham a ser propostas, no que concerne ao mau uso dos símbolos. Tal conclusão remete à noção já suscitada da utilização prospectiva do conceito de “Direito penal simbólico”, aplicando-o à realidade, como instrumento limitador da deturpação do simbolismo no Direito penal.

⁶⁴³ TAVARES, Juarez. Mito e Ideologia... cit., p. 10.

⁶⁴⁴ Por mais interessante que a ideia de legística possa soar face às normas simbólicas constantemente promulgadas na legislação brasileira, há que se levar em conta a possibilidade já suscitada de que ela se torne um entrave à liberdade de criação normativa (mesmo em hipóteses de normas que seriam benéficas). Além disso, há duas questões a serem discutidas que ensejam uma situação curiosa, caso se impusesse legalmente a utilização da legística: para isso, em primeiro lugar, ter-se-ia um implausível panorama no qual os próprios legisladores aprovariam uma lei que limitaria sua moldura de criação normativa. Outro ponto a ser pensado diz respeito à metalinguagem da legística, ou seja, se haveria algum tipo de legística aplicada às normas de legística, assegurando sua qualidade, ou se a criação de critérios legísticos não seria avaliada qualitativamente, o que implicaria em uma presunção de que os termos estabelecidos seriam bons em si mesmos.

CONCLUSÕES

1. A complexidade alcançada pela comunicação humana é derivada do símbolo, o qual propiciou um ampliação de sentido nos signos, que passaram a ter camadas de significação para além da denotação, ou seja, em um excesso ao sentido literal.

2. Há uma dupla intencionalidade (primária e latente) que caracteriza os símbolos. A primária está contida em seu significado literal, portanto, manifesto. Ao passo que a intenção latente é acessada mediante a extrapolação da literalidade, por parte do destinatário da mensagem simbólica.

3. Em um ato eminentemente instrumental há um direcionamento teleológico que consubstancia a conduta em um efeito prático verificável na realidade. Em outra mão, no ato eminentemente simbólico há uma prevalência de efeitos sobre a percepção da realidade, mediante os sentidos latentes oculto sob o sentido manifesto do ato.

4. No plano prático, os efeitos (instrumentais e simbólicos) manifestam-se de forma preponderante e não exclusiva, haja vista que os atos não são totalmente simbólicos ou instrumentais.

5. O modo comunicacional simbólico pode ocorrer nas mais variáveis formas de interação. O Direito está impregnado da utilização de símbolos em sua significação. O Direito penal é especialmente pródigo em simbolismos, sendo que considerável parcela desse uso simbólico é deturpado e prejudicial a uma perspectiva racional (em observância dos princípios assegurados) do Direito penal.

6. Há no estatuto indisponível do Direito penal diversos traços simbólicos. Portanto, é fundamental extrair de todo o simbolismo do Direito penal apenas as manifestações negativas a ele, o que possibilitaria que seu “funcionamento” (significando sua dinâmica prática observada atualmente) se aproximasse de sua “função” (significando sua dinâmica ideal).

7. É essencial à tarefa de extrair o mau uso dos símbolos no Direito penal o emprego de uma terminologia que permita dicotomizar o “simbolismo no Direito penal” do “Direito penal simbólico”, categorias que são, respectivamente, continente e conteúdo.

8. Denominam-se de “simbolismo no Direito penal” todas as formas (intrínsecas e contingentes, sejam estas últimas positivas ou negativas) de utilização de símbolos (no

sentido imaterial da expressão) dentro do Direito penal.

9. Já o conceito construído para “Direito penal simbólico” é: uma disfunção do Direito penal, que ocorre mediante a interpretação simbólica de conteúdos latentes de uma ato, proporcionando um engano que contribui para a inefetividade do Direito penal.

10. Ao contrário da abordagem de diversos autores, entende-se que o “Direito penal simbólico” não está adstrito ao âmbito Legislativo, uma vez que se alastra por todo sistema penal, manifestando-se também nos âmbitos do Executivo e Judiciário.

11. No entanto, as manifestações mais substanciais do “Direito penal simbólico” estão inegavelmente no plano das normas. Nesse sentido, no âmbito normativo, há dois problemas fundamentais relacionados à dinâmica do fenômeno.

12. O primeiro deles é o de que o fenômeno falseia a realidade e acaba impedindo que outras soluções, sobretudo extrapenais, sejam implementadas para a proteção dos bens jurídicos, sob o argumento de que uma medida já foi tomada para tanto, muito embora tal medida seja a norma simbólica carente de efetividade.

13. O segundo ponto também tangencia aspectos simbólicos relacionados ao poder Executivo e Judiciário, uma vez que diz respeito à aplicação de normas. Nesse sentido, o “Direito penal simbólico” perpetua a seletividade, por meio de uma aplicação parcial e insistente de um Direito penal cada vez mais recrudescido, o qual recai sobre “bodes expiatórios”.

14. O “Direito penal simbólico” tem um forte sentido de mecanismo de estabilização social, o que está vinculado à finalidade de prevenção geral positiva como fundamentadora da pena. Nessa esteira, o Direito penal acaba por carecer de um alicerce constituído de critérios fáticos, destacando-se a análise de bens jurídicos, os quais devem servir de parâmetro limitador (critério referencial negativo), deslegitimando propostas que não respeitem princípios inafastáveis do Direito penal.

15. A efetividade (entendida como capacidade de modificação da realidade por meio da consecução da finalidade do ato) do Direito penal está direcionada a sua função precípua de proteção subsidiária de bens jurídicos, que opera primordialmente mediante a finalidade preventiva geral negativa da pena, com seu efeito intimidador (a função manifesta do Direito penal) decorrente da previsão da sanção penal.

16. A heterogeneidade característica da sociedade pós-industrial, somada a

degenerescência das instâncias informais de controle social (como a moral e as religiões) acabaram impondo ao Direito (sobretudo penal) uma exigência de atuação inédita, conferindo-lhe um protagonismo exacerbado como balizador de critérios comportamentais da sociedade. Em um contexto no qual a noção de pecado e de imoralidade perderam seu capital significativo (ou, ao menos, não possuem a homogeneidade de outrora em suas posições), satura-se justamente a noção de ilícito; mais especificamente, a concepção de crime, como elemento último de desvalor e, por conseguinte, de cerceamento do comportamento humano.

17. Acerca do atributo de “racionalidade” do Direito penal é necessário considerar que a pecha de “irracional” atribuída ao panorama atual do Direito penal não quer dizer que ele é manipulado irracionalmente, mas sim que, sobretudo, ele é racionalmente utilizado (e isso se liga ao “Direito penal simbólico”) como instrumento de consecução das demandas sociais irracionais.

18. Aplica-se, portanto, ao Direito penal uma irracionalidade racionalmente calculada. Esse cálculo leva em consideração o sentimento coletivo de insegurança. Nesse sentido, o Direito penal é utilizado como instrumento que busca aplacar os medos e anseios sociais, além de atender demandas populares, usualmente direcionadas ao rigorismo.

19. Há situações em que existe uma enorme pressão da opinião pública, que demanda uma reação penal frente a crimes de comoção. No entanto, intolerável que se opere o Direito penal sob uma lógica de mercado, em que medidas econômicas paliativas são tomadas como forma de conter especulações e crises. Há que se ter em mente que qualquer modificação abrupta e populista no Direito penal pode ter efeitos terríveis, que acabam irradiando por toda sociedade.

20. O Direito penal não se mostra apto a calibrar a percepção da violência com a realidade (já que se nota uma natural superestimação da violência criminal na percepção coletiva, que, no entanto, é potencializada pela cobertura midiática), em razão de sua carência de efetividade. Dessa forma, ele não logra êxito em diminuir os índices de violência de fato, e, por conseguinte, não protege adequadamente bens jurídicos.

21. A condição instrumental do Direito penal deve ser apenas suficientemente apta a comunicar um sentido dissuasório, decorrente da aplicação da pena com a finalidade de prevenção geral negativa que tem por consequência a prevenção geral positiva. Deste modo, no que concerne ao Direito penal, a reação correta (embora menos simples) é conferir aplicabilidade às normas existentes, ao invés de “governar a golpes de Direito penal”, com

modificações constantes e cada vez mais recrudescedoras.

22. O Direito penal nunca será totalmente efetivo em proteger seus bens jurídicos tutelados. No entanto, isso não implica considerar que ele atua da melhor maneira que suas possibilidades permitem, ou seja, este é, para o Direito penal, o “melhor dos mundos possíveis” (parafraseando LEIBNIZ).

23. A incumbência de diminuição da criminalidade parece estar menos ligada ao Direito penal do que se supõe, sendo que medidas extrapenais mostram-se mais aptas a tal desiderato. Contudo, há que se ter em mente que mesmo que com uma importância relativizada, é necessário buscar tornar o Direito penal mais efetivo e, sobretudo, mais racional (adequado à perspectiva de um Estado Democrático de Direito, sob um modelo social personalista, e condizente com seus princípios norteadores).

24. Em síntese, o Direito penal pode ser otimizado (sem, com isso, solapar seus princípios) para ser mais efetivo do que é, no entanto, não no nível que a sociedade deseja e demanda. Portanto, seu patamar máximo de efetividade se encontra em uma posição intermediária entre o que ele atualmente é e o que dele se espera.

25. Em detrimento de uma categorização de gêneros de manifestações do “Direito penal simbólico” por meio de róis, conclui-se que a melhor aproximação ao fenômeno ocorre mediante a utilização de um conceito bem delineado que seja aplicado casuisticamente. A subjetividade intrínseca ao aspecto simbólico do conceito impede categorizações objetivas precisas, que sejam aptas a albergar todo o conjunto de ações simbólicas perniciosas ao Direito penal.

26. O alcance do “Direito penal simbólico” só é delineado em uma determinada realidade a partir do exame “caso a caso” tendo em consideração a definição estabelecida. Trata-se de uma tarefa de fôlego, ainda mais porque o exame de cada conduta não se restringe ao seu sentido literal, sendo necessária uma avaliação detida dos significados latentes, o que demanda o conhecimento, por exemplo, do contexto em que uma norma foi utilizada. Assim, há que se ter o domínio do significado simbólico que uma determinada ação busca transmitir. Do contrário, ela será interpretada de forma restritiva e não será possível acessar seu conteúdo simbólico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELES, Marc. *Poder, sociedade, simbólico*. Tradução de António José Massano, Lisboa: Edições Rua Sousa Martins, 1977.

ADORNO, Sérgio. *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea*. São Paulo: FFLCH/USP, tese de livre-docência em Sociologia, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo editorial, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ALLEAU, René. *De la nature des symboles*. Paris: Flammarion, 1958.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: Psicanálise, Direito e Cultura*. Campinas: Millennium, 2007.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARCHER, D.; GARTNER, R. *Violence and crime in cross-national perspective*. Yale University Press, New Haven, 1984.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume, 1994.

ARNOLD, Thurman W. El derecho como simbolismo. Tradução de Julio Valerio Roberts. In: AUBERT, Vilhelm (org.). *Sociologia del derecho*. Caracas: Tempo Nuevo. 1971.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado*. 7ª ed. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiro de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3ª ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Tradução de Mauricio Martínez Sánchez In: ABOSO, Gustavo E. (org.). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

BARATTA, Alessandro; WAGNER, Hartmut. Débat: société du risque et contrôle social. In *Déviance et Société*, vol. XVIII, n. 3, Genebra, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, nº 12, ano 7, Rio de Janeiro: Revan, julho-dezembro de 2002.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Tradução de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de M. Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. Social Uses of Law and Order. In: *Criminology and Social Theory*. Oxford: Oxford Press, 2000.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. Derechos Humanos y limites de la intervención penal em Brasil. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. In *Revista Liberdades*. nº 1, maio-agosto, São Paulo: Ibccrim, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; FUZIGER, Rodrigo. A política criminal brasileira no controle da corrupção pública. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (orgs.) *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: CEB/USAL, 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. *O que é globalização?* Tradução: André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Tradução de Rosa S. Carbós. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2008.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: Free Press, 1964.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca: Universidad

de Salamanca, 1982.

_____. La Universidade de Salamanca y el estudio del derecho penal. In: *Arbor*, nº 173, 2002.

_____. Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española. In BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.), *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

_____. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. *Manual de derecho penal*. Parte General. Barcelona: Praxis – Wolter Kluwer, 1994.

BETEGON, Jeronimo. *La justificacion del castigo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992.

BIEDERMANN, Hans. *Dicionário ilustrado de símbolos*. Tradução Glória Paschoal de Camargo. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2009.

BLUMER, Herbert. *Symbolic Interacionism: perspective and method*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1969.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UNB, 1982.

_____. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: O que falar quer dizer*. 2ª edição. Tradução de Sérgio Micelli, São Paulo: EDUSP, 1998.

_____. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 4ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAITHWAITE, John. *Inequality, Crime, and Public Policy*. Londres: Routhledge and Kegan Paul, 1979.

BRACCO, Bruno Amabile. *Direito penal e processo de individuação: um estudo junguiano*

sobre o impacto das leis penais na sociedade. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1997.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.) *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAMPBELL, Joseph; MOYERS, Bill. *O poder do mito*. Tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Athena, 2009.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e congresso nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellarolli. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

CARTER, Cynthia; KAY WEAVER, C. *Violence and the Media*. Buckingham – Philadelphia: Open University Press, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASSIRER, Ernst. *Antropologia filosófica – ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Tradução de Vicente Felix de Queiroz. São Paulo: Mestre Jou, 1972.

_____. *A filosofia das formas simbólicas*. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTEL, Robert. *L'insécurité sociale: que'est-ce qu'être protégé?* Paris: Seuil, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

CASTILLO BARRANTES, Jorge Enrique. *Becker y Chapman, criminólogos interaccionistas*. Costa Rica: Ilanud, 1980.

CASTORIADIS, Cornelius. *L'institution imaginaire de la société*. Paris: Les Éditions du Seuil, 1999.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e sociedade complexa*, Campinas: LZN, 2005.

CHAVES JUNIOR, Aírto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. In: *Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, nº 114, Medellín – Colômbia, Jan.-Jun. de 2011.

CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. La nueva forma de Holocausto? Tradução de S. Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRLOT, Juan Eduardo. *Dicionário de símbolos*. Tradução de Rubens Eduardo Ferreira Frias. São Paulo: Moraes, 1984.

COHEN, Abner. *O homem bidimensional*. Tradução de Sônia Correa. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

COLEMAN, Loren. *The Copycat Effect*. Nova Iorque: Paraview Pocket-Simon and Schuster, 2004.

CONDE, Francisco Munoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*, tradução de Cíntia Toledo Miranda. Chaves, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONTRERA, Maria Segura. *Mídia e pânico: saturação da informação, violência e crise cultural na mídia*. São Paulo: Fapesp, 2002.

CORNELLI, Roberto. Ética e criminologia: o caso do medo da criminalidade. Tradução de Nuno Coimbra Mesquita. In: *Revista Impulso Piracicaba*, vol. 14, nº 135, Piracicaba, set./dez. de 2003.

_____. *Miedo, criminalidad y orden*. Tradução de Flavia Valgiusti. Buenos Aires: BdeF, 2012.

CORNFORD, F. M. *The unwritten philosophy and other essays*. Cambridge: WKC Guthrie, 1967.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Direito Ambiental Simbólico? In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 53, São Paulo, 2009.

COSTA, Belarmino Cesar Guimarães da. *Estética da violência: jornalismo e produção de sentidos*. Piracicaba: Unimep, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartien Latin, 2008.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Caronte. *A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COUTINHO, Eduardo Granja *et al.* (Orgs.). *Mídia e Poder: Ideologia, discurso e subjetividade*. Rio de Janeiro, Mauad, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço entre do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 15, nº 64, jul-ago, 2008.

DAHRENDORF, Ralf. *Law and Order*. London: Stevens & Sons, 1985.

DELEUZE, Gilles. *Pós-scriptum sobre as sociedades de controle*. Tradução de Peter Pál Perbart. São Paulo: 34 letras, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les sociétés de construction devant la loi pénale*. Paris: Pichon et Durand-Auzias, 1972.

DEWEY, John. *The public and its problems*. Ohio: Ohio University Press, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. 2ª ed. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.

DIAS, Marieta Prata de Lima. *Para um vocabulário sistemático do código penal brasileiro (parte geral)*. Tese de Doutorado em Linguística, Faculdade de Letras da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. nº 11, ano VII, Lima, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DUARTE, David; PINHEIRO, Alexandre Sousa *et al.* *Legística: perspectivas sobre a concepção e redacção de actos normativos*. Coimbra: Almedina, 2002.

DURAND, Gilbert, *A imaginação simbólica*. Tradução de Liliane Fitipaldi. São Paulo: EDUSP, 1988.

DURKHEIM, Émile. *Sociologia e Filosofia*. Tradução de J. M. de Toledo Camargo, São Paulo: Forense. 1970.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese. 14ª ed. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1998.

_____. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Tradução de Mariarosaria Fabris. São Paulo: Ática, 1991.

_____. *Tratado geral de semiótica*. 2ª edição, tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 1991.

EDELMAN, Murray. *The symbolic uses of politics*. Marshall: University of Illinois, 1977.

EDWARDS, Susan. La función simbólica del derecho penal: violencia doméstica. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

EIDE, Erling. *Economics of crime: deterrence and the rational offender*. Oslo: North-Holland, 1994.

ENDO, Paulo César. *A violência no coração da cidade: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Escuta e Fapesp, 2005.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais Lisboa: Veja, 1993.

_____. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: O direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “administrativização” do direito penal na sociedade do risco: notas sobre a política criminal do início do século XXI. In: *Revista Liberdades – IBCCRIM*. nº 7, São Paulo, maio-agosto de 2011.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1. New York: Oxford UP, 1987.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FENICHEL, Otto. *Teoria psicanalítica das neuroses*. Tradução de Samuel Penna Reis. Rio de Janeiro: Atheneu, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 42, ano 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

_____. *Direito e razão*. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRERO, Guglielmo. *Les lois psychologique du symbolisme*. Paris: Alcan, 1995.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Tomo I. Tradução de Antonio Soto y Hernández. Madri: Centro Editorial de Góngora, 1907.

FINDLAY, Mark. *Problems for the criminal law*. Melbourne: Oxford University Press, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Do princípio da mínima intervenção penal ao princípio da máxima intervenção penal. In: *Justiça e democracia*, São Paulo, Vol. 1, 1996.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3ª ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª ed. Tradução Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1999.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O "Direito penal simbólico" e o engodo da segurança pública. In: *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*. São Paulo: Cultura acadêmica, 2012.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FUZIGER, Rodrigo. Margeando o Estige: O direito penal e a limitação dos crimes de ódios relacionados à religião. In: *Revista General de Derecho Penal*, v. 19, Madri: Iustel, 2013.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el estado democrático*. Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Claredon Press, 1995.

GEERTZ, C. Ideology as a Cultural System. In: David Apter (ed.) *Ideology and Discontent*. New York: Free Press, 1964.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madri: Tecnos, 1990.

GIRARD, René. *A Violência e o sagrado*. Tradução de Martha Conceição Gambini. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra/Editora da Unesp, 1990.

GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Tradução Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomáz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A. 2003.

HART, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility*. Londres: Oxford, 1968.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*. Porto Alegre, ano III, nº. 18, fev./mar. 2003.

_____. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. Tradução de Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luiz ARROYO ZAPATERO. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1998.

HIRSCH, Andrew von *et al.* *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*,. Oxford: Hart Publishing, 1999.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas. 2003.

JUNG, Carl *et al.* *O homem e seus símbolos*. JUNG, Carl (Org.). Tradução de Maria Lúcia Pinho. 7ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida, São Paulo: Barcarolla, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito, Sociedade*, nº 1, ano 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

_____. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 12ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1976.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARSEN, Otto N. (org.). *Violence and the Mass Media*. New York: Harper & Row, 1968.

LIANOS, Michalis; DOUGLAS, Mary. Dangerization and the End of Deviance: the Institutional Environment. In: *Criminology and Social Theory*. Oxford: Oxford Press, 2000.

LINDBLOM, Charles E. *O processo de decisão política*. Tradução de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I. Tradução de José Higino. Campinas: Russel, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, v. I. tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUMIA, Giuseppe. *Principios de teoria e ideologia del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madri: Debate, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma evolução de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MCLENNAN, Gregor *et al.* A teoria de Althusser sobre ideologia. Tradução de Rita Lima, In: Centre for Contemporary Studies (org): *Da ideologia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

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

MELOSSI, Dário. Ideología y Derecho penal: El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas? In BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.), *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

MENDES, ANTONIO CELSO. *Linguagem e estrutura Simbólica*. Curitiba: Champagnat, 1996.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal em la sociedade del riesgo*. Madri: Civitas, 2001.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed., Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MISSE, Michel. Cidadania e Criminalização no Brasil: o problema da contabilidade oficial do crime. In: Misse, Michel (org.), *O crime violento no Rio: o problema das fontes*. nº 9, Rio de Janeiro: IFCS, 1997.

MONTES FLORES, Efraín. La demagogia del legislador penal. In: *Dogmática penal del tercer milênio*. Lima: Ara, 2008.

MOSCA, Gaetano. *The ruling class*. Tradução de Hannah D. Kahn. New York: Mcgraw-Hill Book Company, 1939.

MUCHEMBLED, Robert. *Une histoire de la violence: De la fin du Moyen-Age à nos jours*.

Paris: Éditions du seuil, 2008.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio. Derecho y impunidad. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995.

MUÑOZ LORENTE, J. Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico. In: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 6, Aranzadi, 2001.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

NERI, Regina. Enfraquecimento da lei ou aumento do poder punitivo? Uma reflexão sobre o discurso psicanalítico da crise do simbólico na contemporaneidade. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, n. 17/18, 2010.

NEUMANN, Erich. *Psicologia profunda e nova ética*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. In: *Revista eletrônica de direito do estado*. Salvador, n.º 4, out.-dez., 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César Lima Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NUNES, Camila Caldeira. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). In: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3, n.º 5, ago/set 2009.

OLIVEIRA, Dennis de; NOGUEIRA, Silas. (orgs.). *Mídia, cultura e violência: Leituras do Real e da Representação na Sociedade Midiatizada*. São Paulo: Celacc-ECA-USP, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEIRCE, Charles Sanders, *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1995.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho*

penal postmoderno. Madri: Iustel, 2007.

PINATEL, Jean. *La sociedad criminógena*. Tradução de Luis Rodriguez Ramos. Madrid: Aguilar ediciones, 1979.

POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Tradução de Rita Lima. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47. São Paulo, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio. Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista. In: PÉREZ ALVAREZ, Fernando (org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

_____. La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje). In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (org.), *Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madri: Edisofer, 2013.

REALE, Miguel. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REICH, Wilhelm. *Psicologia de massas do fascismo*. Tradução de Maria da Graça M. Macedo. São Paulo: Martins Fontes, 1972.

REIK, Theodor. *Myth and Guilt: The Crime and Punishment of Mankind*. Nova Iorque: George Braziller, 1957.

REIWALD, Paul. *Society and its criminals*. Nova Iorque: International Universities Press, 1950.

RICOEUR, Paul. *O Conflito das Interpretações: Ensaio de Hermenêutica*. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Imago, 1978.

_____. *Teoria da interpretação*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. In: *Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

ROMÃO, Davi Mamblona Marques. *Jornalismo policial: indústria cultural e violência*. Dissertação de mestrado – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

RONDELLI, Elisabeth. Imagens da violência e práticas discursivas. In: *Linguagens da Violência*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROSS, Edward A. *Social control: a survey of the foundation of order*. Cleveland: Case Western Reserve University Press, 1969.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego Manuel Luzon Peña, Madrid: Civitas, 1997.

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O Bem Jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Alvino Augusto de. Transdisciplinaridade e responsabilidade da academia. In: *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SAFATLE, Vladimir Pinheiro. A forma institucional da negação: Hegel, liberdade e os fundamentos do Estado moderno. In: *Revista Kriterion*, v. 125. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

_____. *Fetichismo*. Colonizar o outro. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. In: *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1, São Paulo, 2006.

SAUVY, Alfred. *Mythologies de Notre Temps*. Paris: Payot, 1971.

SAUSSURE, Ferdinand. *Cours de Linguistique Générale*. Paris: Payot, 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milênio*. Tradução de Marina Sacher. Madrid: Tecnos, 2002.

SERRANO-PIEDecasas, J. R. El pensamiento complejo y el Derecho penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (org.), *Neurociencias y derecho penal: Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madri: Edisofer, 2013.

SERRANO-PIEDecasas, J. R.; DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (orgs.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

SGUBBI, FILIPPO. *El delito como riesgo social*. Tradução de Julio E. S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: n. 45, ago. 1996.

_____. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Mídia e crime. In: *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

_____. Tolerância Zero. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 77, ano 17, São Paulo, 2009.

SILLS, David L. (Dir.) *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, vol. 3. Madrid: Aguilar, 1974.

SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madri: Civitas, 2001.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010.

SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiçadores e sua justiça: linchamento, costume e conflito*. Dissertação de mestrado em Ciências Sociais. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

SOARES, Luiz Eduardo. Uma interpretação do Brasil para contextualizar a violência. In: *Linguagens da Violência*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *Fobópole: O medo generalizado e a militarização da questão urbana*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

SOUZA SANTOS. Boaventura de. *Discurso e o Poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

TAMER, Sergio Victor. *Legitimidad judicial em la garantia de los derechos sociales: especial referencia a la ejecución penal en el estado del Maranhão, Brasil*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

TAVARES, Juarez. Mito e Ideologia: objetos não manifestos do Direito Penal. In: *Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Direito e psicanálise: interseções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos – o mito da repressão penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

URBAN, Wilbur Marshall. *Lenguaje y realidad*. Tradução de Carlos Villegas e Jorge Portilla. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1952.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Uma abordagem sistêmica do direito no contexto da modernidade brasileira*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WACQUANT, Loïc. *Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social*. Marselha: Agone, 2004.

WHITEHEAD, Alfred North. *Simbolismo, o seu significado e efeito*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Ventanas Rotas. La policía y la sociedad en los barrios. Tradução de Daniel Fridman. In: *Delito y Sociedad*., Buenos Aires, nº 15-16, 2001.

WINNICOTT, Donald W. *Privação e delinquência*. 4ª ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

WOLF, Paul. Megacriminalidad ecológica e derecho penal simbólico. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.). *Pena y Estado*. Santiago: ConoSur, 1995.

YOUNG, Jock. *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Londres: Thousand Oaks, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 184-185.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.