

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

EDUARDO RODRIGUES BARCELLOS

O caráter simbólico da tutela penal, seus efeitos na sociedade
contemporânea e as possíveis soluções sistêmicas

Mestrado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

EDUARDO RODRIGUES BARCELLOS

O caráter simbólico da tutela penal, seus efeitos na sociedade contemporânea e as possíveis soluções sistêmicas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

São Paulo

2021

Barcellos, Eduardo Rodrigues

O caráter simbólico da tutela penal, seus efeitos na sociedade contemporânea e as possíveis soluções sistêmicas / Eduardo Rodrigues Barcellos. -- São Paulo: [s.n.], 2021.

196p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Guilherme de Souza Nucci.

Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Expansão da tutela penal simbólica. 3. Reação garantista ao processo expansionista. I. Nucci, Guilherme de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

EDUARDO RODRIGUES BARCELLOS

O caráter simbólico da tutela penal, seus efeitos na sociedade
contemporânea e as possíveis soluções sistêmicas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Direito Penal, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professora Doutora Maria Elizabeth Queijo

Instituição: FIG/UNIMESP – Centro Universitário Metropolitano de São Paulo

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Antônio Carlos da Ponte

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Ao Deus todo-poderoso, pela minha existência e pelo amor.

Ao meu divino mestre Jesus Cristo, eterno guia da minha existência.

Ao meu orientador, Professor Guilherme de Souza Nucci, que sempre foi um exemplo de jurista e aplicador do direito, por todo o apoio e a dedicação empregada.

À minha tia Célia Almendra Rodrigues, que acreditou em mim, me amou profundamente e me apoiou em todas as fases da minha vida, me inspira e ilumina a minha caminhada. Meu eterno amor e agradecimento por sua existência em minha história.

Aos meus pais, Eduardo e Cecília, e à minha irmã, Gabriela, por todo o apoio, amor e pelo incentivo ao meu trabalho. Meu eterno amor e agradecimento por sua existência em minha história.

À minha avó Amélia Natália Almendra Rodrigues, por todo carinho, amor e sabedoria. Meu eterno amor e agradecimento por sua existência em minha história.

Que homem é um homem que não torna um mundo melhor?

Rafael Pêty

*Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o címbalo que retine.
E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.
E ainda que distribuísse todos os meus bens para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria.
O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não se vangloria, não se ensoberbece, não se porta inconvenientemente, não busca os seus próprios interesses, não se irrita, não suspeita mal; não se regozija com a injustiça, mas se regozija com a verdade; tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta.
O amor jamais acaba; mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá; porque, em parte conhecemos, e em parte profetizamos; mas, quando vier o que é perfeito, então o que é em parte será aniquilado.
Quando eu era menino, pensava como menino; mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino.
Porque agora vemos como por espelho, em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei plenamente, como também sou plenamente conhecido.
Agora, pois, permanecem a fé, a esperança, o amor, estes três; mas o maior destes é o amor.*

Paulo de Tarso

O que eu tenho não me pertence, embora faça parte de mim. Tudo o que tenho foi um dia emprestado pelo Criador para que eu possa dividir com aqueles que entram na minha vida. Ninguém cruza nosso caminho por acaso e nós não entramos na vida de alguém sem nenhuma razão.

Chico Xavier

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a expansão do caráter simbólico da tutela penal e estabelecer sua correlação com as mudanças sociais no mundo contemporâneo e suas consequências na ciência jurídico penal, com a criação de um sistema extremamente punitivista e que vai de encontro aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Em seguida, serão apresentadas as soluções dos efeitos deletérios dessa expansão desenfreada do direito penal simbólico, que busca conciliar a necessidade de proteção dos novos bens jurídicos contemporâneos, respeitando os direitos fundamentais consolidados pelos Estados Democráticos. Por fim, dentre as soluções apresentadas, haverá a escolha daquela que melhor se coaduna com as garantias constitucionais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Expansão da tutela penal simbólica; Reação garantista ao processo expansionista.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the expansion of the symbolic character of penal protection and establish its correlation with social changes within the contemporary world and its consequences within the criminal legal science, with the creation of an extremely punitive system that goes from meeting the precepts of the Democratic Rule of Law. Afterwards, solutions will be presented for the harmful effects of this unrestrained expansion of Symbolic Criminal Law, which seeks to reconcile the need to protect the new contemporary legal assets, respecting the fundamental rights consolidated by Democratic States. Finally, among the solutions presented, there will be the choice of the one that best matches the constitutional guarantees.

Keywords: Democratic state; Expansion of symbolic penal protection; Guarantee reaction to the expansionist process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITO PENAL NA ATUALIDADE	15
2.1	Intervenção mínima e estado democrático de direito	15
2.2	A proteção de bens jurídicos como fundamento legítimo da sanção penal	23
2.3	Um processo criminal expansionista em uma sociedade de risco	30
2.4	Papel simbólico do direito penal	31
2.5	Deslegitimando a interferência abusiva da tutela penal	32
3	O CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL	41
3.1	O caráter simbólico da tutela penal	45
3.2	Consequências do direito penal simbólico	49
3.3	A correlação entre a teoria da legislação simbólica e a tutela penal	54
4	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	73
4.1	A expansão do direito penal na sociedade contemporânea	73
4.2	A globalização como fenômeno desencadeador da expansão do direito penal	107
4.2.1	Globalização e a expansão do direito penal: reflexos das transformações sociais pós-modernas no campo do poder punitivo estatal	110
4.2.2	A globalização política como um fenômeno de dominação político-cultural e o agravamento das tensões sociais	115
4.3	Noção de “sociedade líquida”, suas principais características, o medo líquido e sua influência na expansão do direito penal simbólico	122
4.4	Radicalização do direito penal simbólico no funcionalismo sistêmico	130
5	MEIOS PARA CONTER A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO	155
5.1	A segunda velocidade de Jesús-María Silva Sánchez	165
5.2	O direito de intervenção de Winfried Hassemer	168
5.3	O direito de intervenção como uma alternativa ao processo expansionista brasileiro e meio de contenção do direito penal simbólico	174
5.4	Direito penal mínimo como um freio à expansão do caráter simbólico do direito penal	178
5.5	O garantismo como ferramenta de controle do direito penal simbólico	182
6	CONCLUSÃO	188
	REFERÊNCIAS	193

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a tutela jurídica penal, inegavelmente, vem sofrendo um processo de expansão de sua incidência, principalmente para uma suposta proteção de bens jurídicos que, ao menos em tese, seriam essenciais ao indivíduo e à sociedade. Para ilustrar esse fenômeno, aponta-se a criação de tipos penais, derivados do poder legiferante estatal, destinados à proteção de bens jurídicos transindividuais, como a Lei n. 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e de atividades lesivas ao meio ambiente, a Lei n. 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e, mais recentemente, a Lei n. 13.260/2016, que reformulou o conceito de terrorismo, criando o tipo penal de prática de atos de terrorismo. Apesar da inegável necessidade de proteção estatal dos referidos bens jurídicos coletivos, tal processo tem sido feito de maneira acelerada e sem a devida reflexão, fortalecendo o poder estatal em face das liberdades individuais, que têm proteção constitucional, sem uma real demonstração empírica de sua eficácia.

A crescente criminalização, além de desfigurar a pretensão punitiva estatal como *ultima ratio*, está sobrecarregando a jurisdição penal, que deveria lidar apenas com os fatos mais graves, respeitando um dos princípios basilares do direito penal que é a subsidiariedade.

Portanto, é necessária uma análise cuidadosa do bem jurídico sob proteção penal, respeitando os requisitos mínimos do direito penal em um Estado Democrático de Direito.

Isso porque, quando se trata de proteção penal, a tutela oferecida pela regra resiste à perda da liberdade dos sujeitos de direitos.

A criação de novos tipos de criminosos sem o devido cuidado termina com a determinação dos danos causados aos bens legítimos que não merecem proteção penal, portanto, muda a função tradicional da punição, transformando-a em uma ferramenta simples para administrar comportamentos que devem ser rejeitados socialmente. Assim, a proteção penal, quando não fundada em legítima proteção de bens jurídicos, serve de mera ferramenta de imposição de um valor moral das classes detentoras do poder sobre os oprimidos socialmente.

Neste contexto, inicia-se um debate sobre o que é legitimamente definido como fato típico e o que pode ser protegido por outros ramos do direito. Nesse sentido, a pesquisa proposta, com base sobretudo em doutrinadores europeus, procura encontrar a melhor alternativa ao processo expansionista sofrido pela sanção penal.

Alguns atos que hoje são criminalizados, mas que não protegem bens jurídicos básicos, devem ser retirados do sistema penal tradicional e transferidos para outra área, denominada direito de intervenção, ou mesmo cria uma área dentro do próprio direito penal que flexibiliza garantias e, em contrapartida, não impõe penas privativas de liberdade, o que é denominado direito penal de segunda velocidade.

As várias questões relacionadas à atual crise de legalidade do direito penal e as alternativas ao processo expansionista serão examinadas. Inicialmente será abordado a natureza complementar do direito penal como corolário do Estado de Direito.

Essa abordagem enfatizará a perda de legitimidade do direito penal como resultado do processo expansionista, da legislação simbólica e das sociedades em risco, chegando a uma breve análise da crise enfrentada pelo direito penal e do descrédito resultante de sua má aplicação.

Em seguida, examinará as teorias desenvolvidas para abordar a expansão do direito penal, principalmente na sociedade contemporânea. Uma análise comparativa das duas teorias irá selecionar a mais adequada ao atual contexto brasileiro e ao Estado Democrático de Direito. A teoria escolhida deve ser aquela que melhor coaduna com o direito penal regido pelos ditames da Constituição Federal de 1988, ou seja, aquela que, em seu modelo, esteja mais relacionada à preservação dos direitos e das garantias constitucionais, ao menos em relação ao direito penal.

Assim, o fenômeno da expansão do direito penal será analisado em primeiro lugar. Para essa finalidade, as principais teorias propostas serão apresentadas, com ênfase na sua aplicação prática ao contexto brasileiro. Verificando-se que qualquer uma das teorias está adaptada ao contexto brasileiro, é teoricamente possível utilizar um modelo mais eficaz, flexibilizando algumas salvaguardas, e um procedimento mais rápido. Assim, seria possível melhorar a eficácia do atual modelo de justiça criminal, que puniria apenas os crimes mais graves envolvendo a prisão sob a forma de um Estado Democrático de Direito.

O presente estudo também visa discutir o caráter simbólico da legislação penal, estabelecendo a sua delimitação semântica e analisar possíveis soluções para frear o aspecto meramente simbólico do direito penal. Em um momento de expansão exacerbada do direito penal, é vital a releitura sobre as bases racionais de sua legitimação e a percepção crítica de sua possível operacionalidade.

Primeiramente, será analisado o sentido da legislação penal simbólica, em especial as suas características: o compromisso dilatório, a confirmação de valores sociais e a legislação álibi, que será devidamente conceituada, reaproximando-as da leitura da legislação penal. Em seguida, será sintetizada a perspectiva de uma teoria agnóstica da pena, que repudia as funções

legitimadoras que permeiam o discurso oficial sobre a pena, com base na formulação de autores críticos dos discursos estatais, que são difundidos em relação aos objetivos da tutela penal. Ainda com os pés na criminologia, o foco volta-se à seletividade penal, e sua conformação à perspectiva simbólica, dada a contradição da promessa de plena efetividade com a cifra oculta.

Em momento subsequente, a ênfase recairá sobre o sistema funcionalista, que gradativamente passou a ganhar destaque na academia brasileira, sobressaindo-se a compreensão da pena como instrumento de comunicação, com premissa legitimadora que, por vezes, se aproxima da perspectiva simbólica da pena. Por fim, serão apresentadas as bases de um direito penal redutor, que assume a ilegitimidade da perspectiva simbólica e de todo o discurso legitimador, propondo um direito penal de índole redutora, que sirva como contenção de violência e opressão contra os vulneráveis.

Este estudo procura questionar o estado atual do direito penal brasileiro. Como explicado, o direito penal não tem sido usado como regra de ultimato, mas para fins políticos, em detrimento de sua eficácia e da flexibilidade dos princípios. Ao expor os males do sistema criminal atual, a dissertação propõe e reforça a possibilidade de um novo modelo que não substitui, mas complementa o atual. Modelo que aumenta a eficácia do sistema punitivo brasileiro e que pode, finalmente, começar a apaziguar os conflitos sociais.

Não é de hoje que a capilaridade da criminalização, atrelada ao capitalismo periférico, tem desencadeado uma reação de minorias desfavorecidas no desenvolvimento de subculturas que cada vez mais chegam ao ponto de poder defender a universalidade axiomática do bem jurídico, a natureza jusnaturalista. Por isso, o conceito de consciência secular do injusto está sendo questionado, uma vez que o comportamento antissocial, imoral ou prejudicial de um agente vulnerável nem sempre é conhecido.

Nesta fase, o pluralismo cultural também suporta uma grande variedade de sistemas de valores, evitando a percepção de culpa como uma forma reprodutível tradicionalmente oferecida pela doutrina. Além disso, a teoria da rotulagem nos mostrou uma sociedade conflituosa, na qual os sonhos e os meios de acesso estão desigualmente distribuídos.

Por sua vez, há um resgate pela funcionalidade do conflito, na dinâmica do processo social, em que a distribuição desigual do poder e da riqueza aponta para a principal razão do mau comportamento (forasteiros). Assim, o controle social formal e informal traz consigo uma lista de injustiças, mas o comportamento em si não é desvalorizado através da criminalização primária e secundária seletiva pela administração de proibições criminais subordinadas a outros interesses políticos e sociais. Sob essa perspectiva, é errado especular sobre teorias que visam fundamentar a tutela penal por meio de teorias legitimadoras das penas com o emprego do

caráter simbólico, como a teoria criminológica desenvolvida por James Wilson e George Kelling (Universidade de Stanford), a teoria das janelas quebradas.

Nesse sentido, propõe-se questionar o discurso tradicional do direito penal, que foi construído em uma sociedade moderna de risco, levando a um estado de segurança. Manifestou-se a esperança de que a punição controlaria esses riscos e, apesar do fracasso da punição, foram criados crimes mais desprezíveis, culpados e perigosos, como se o direito penal fosse uma panaceia para os problemas sociais estruturais que há muito preocupavam a sociedade brasileira.

Por meio de uma atividade de hermenêutica jurídica, de duvidosa constitucionalidade, há uma ampliação da incidência dos tipos penais incriminadores e a flexibilização de garantias constitucionais em prol da ampliação da tutela penal. O uso da prisão como *prima ratio*, por sua vez, contribui para a erosão processual da punição dentro de uma política de tolerância zero.

A orientação axiológica constitucional deve servir como um valioso freio contra o totalitarismo judicial no sentido de que desmistifica as normas paternalistas de valores legais inexistentes, como segurança e ordem. Um exemplo disso é a Lei Federal n. 10.792/2003, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado (alterado posteriormente pela Lei n. 13.964/2019 que enrijeceu o RDD), que com o suposto objetivo de combater a criminalidade organizada, trouxe para o sistema de execução penal um sistema que se assemelha ao Direito Penal do Inimigo, indo de encontro aos ditames constitucionais.

Ao perceber que o sistema penal atua de maneira seletiva (incriminando a vulnerabilidade à luz dos crimes graves), e sua heterogeneidade, é necessário romper com a imagem tradicional e seu bastião para conter essa irracionalidade punitiva. Para isso, utilizam-se as contribuições de autores, que fornecem teses inovadoras merecedoras de maior publicidade, a fim de tornar os filtros de localização mais dinâmicos. Assim, traz-se aqui uma compilação de entendimentos com provocações teóricas e raciocínios críticos.

2 DIREITO PENAL NA ATUALIDADE

Inicialmente, é necessário definir o conceito de direito penal que orientará este estudo, uma vez que se pretende discutir as perspectivas desse ramo do direito na atualidade. Antes de tudo, o direito penal é uma ciência valorativa, pautada em um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) inerentes a sua natureza, que visa regulamentar a vida em sociedade.

Assim, conforme observa Luiz Regis Prado: “com efeito, o ordenamento jurídico deve ser a representação legal-formal de um conjunto de valores inerentes à determinada sociedade, num período histórico e em certo espaço geográfico”¹.

Nesse sentido, a legislação penal procura limitar os poderes punitivos do Estado e, ao estabelecer delitos e suas respectivas penas, determina o que vale proteger, segundo o princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal.

Entretanto, partindo do conceito de direito penal, vê-se que o Estado tem cada vez menos poderes punitivos, portanto, estão surgindo mais e mais tipos de comportamentos criminosos que não prejudicam efetivamente bens legais essenciais ao indivíduo e à sociedade. Estamos falando sobre o processo de expansão do direito penal e sua respectiva flexibilização de direitos e garantias penais e processuais penais.

Neste capítulo, o processo de expansão do direito penal será discutido a fim de dissipar a ideia de que essa área do direito não mais cumprirá a função de proteger os valores legais mais relevantes, mas protegerá a validade do direito penal, visão adotada pelo funcionalismo sistêmico. Isso porque esse pensamento não é coerente com o Estado Democrático de Direito, especialmente no que diz respeito à proteção da dignidade humana, o que reflete o valor social da norma.

2.1 Intervenção mínima e Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito Democrático é baseado na justiça social, promove a cidadania e está fundamentado na dignidade humana e no Estado de Direito. Nesse sentido, para que um Estado seja democrático sob o Estado de Direito, ele deve declarar e garantir os direitos fundamentais, e esses direitos devem estar ligados à produção e à interpretação do sistema jurídico nacional.

¹ *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, p. 3.

A esse respeito, José Afonso da Silva² esclarece, sucintamente, que a denominação de Estado Democrático de Direito não se limita à simples soma das concepções de direito e democracia. Esse conceito transcende os significados individuais, assumindo um conceito próprio, incorporando os elementos de cada um deles e criando uma concepção que define o Estado não mais como o centro do ordenamento jurídico, mas sim o ser humano. Desmistifica a versão do Estado como um fim em si mesmo, passando a ter o dever de promover os direitos humanos.

Inegavelmente, o final da Segunda Guerra Mundial foi um marco histórico que modificou as concepções de Estado e provocou significativas mudanças nas ciências jurídicas. Uma primeira mudança a ser apontada é a da concepção de soberania.

Esse conceito foi inicialmente definido pelo arcabouço de tratados internacionais celebrados em 1648, que encerrou com a Guerra dos Trinta Anos e estabeleceu que cada Estado teria o poder absoluto e irrestrito de governar seu território, sem interferências externas. Esse conceito absolutista de soberania permitiu que governantes, em nome da soberania, promovessem verdadeiras barbáries e gerassem graves violações aos direitos humanos. Os exemplos que melhor refletem a situação exposta são o holocausto e os diversos atos atentatórios à dignidade humana.

Aliás, conforme coloca Hanna Arendt³, uma das linhas de defesa adotadas por Adolf Eichmann (oficial de alta patente que auxiliou no massacre dos judeus) no seu julgamento, realizado na década de 1960, foi que apenas teria atendido às leis e às normas vigentes na data, respeitando o conceito absoluto de soberania.

Assim, foi necessário conciliar o conceito de soberania estatal com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, há uma reformulação de conceitos que teve como fundamento epistemológico a dignidade humana, o respeito ao pluralismo político, à diversidade humana e à condição peculiar de cada indivíduo, respeitada a pluralidade.

Nessa toada, o conceito de democracia não mais se limita a concretizar a vontade da maioria em detrimento da minoria, mas se baseia na prevalência da vontade da maioria sem desprezar os direitos fundamentais das minorias e dos grupos vulneráveis. Sobre o tema, merecem destaque os ensinamentos de José Afonso da Silva:

“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo,

² *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123.

³ *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 152.

diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideais, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”⁴.

Esse movimento provoca profundas mudanças no campo das ciências jurídicas. Com o final da Segunda Grande Guerra, houve um movimento dentro da dogmática jurídica para rever conceitos e, principalmente, dentro da hermenêutica jurídica, com o objetivo não só de identificar as ferramentas jurídicas empregadas para efetivar as barbáries dos regimes nazifascistas, mas também criar ferramentas jurídicas para impedir que esses acontecimentos se repetissem.

Conforme observa Norberto Bobbio⁵, com o desenvolvimento das ciências sociais, como a sociologia e a filosofia jurídica, na segunda metade do século XX, surge uma nova percepção do ordenamento jurídico, que não mais se limita ao estruturalismo, defendido pelos positivistas. Dentro dessa nova percepção deve prevalecer o funcionalismo. Ou seja, o aplicador do direito não mais se limita a uma atividade de subsunção da premissa maior (previsão normativa em abstrato) com a premissa menor (fato em concreto). Assim, a atividade jurídica, na nova concepção de Estado de Direito, deve extrair da norma jurídica o seu espírito, e dar prevalência à razão de sua criação, em virtude da busca da perfeição estrutural. Logo há o emprego de novas técnicas de hermenêutica jurídica em que se emprega elementos axiológico. Nesse sentido, escreve Antônio Castanheira Neves que: “o funcionalismo jurídico responde em geral à pergunta básica, sobre a concepção do direito (o que é o direito?), convertendo-a numa outra, que é: o direito para que serve?”⁶.

Esse novo movimento, denominado de pós-positivismo, soma o ordenamento jurídico (a soma de textos normativos produzidos pela autoridade estatal competente) com valores morais apregoados no Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso acrescenta:

“Como já anteriormente assinalado, nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge

⁴ *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119-120.

⁵ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 38.

⁶ *Teoria do Direito - lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 70.

uma cultura jurídica pós-positivista. De fato, se a resposta para os problemas não pode ser encontrada de maneira completa no comando que se encontra na legislação, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e os outros domínios do conhecimento. Para achar a resposta que a norma não fornece, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores – da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como economia, psicologia e sociologia. O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela”⁷.

Segundo Norberto Bobbio⁸, o direito passa a integrar um subsistema dentro do sistema social. Dentro dessa lógica, cabe ao operador do direito buscar o conteúdo axiológico da norma, em detrimento do ontológico. O direito não admite mais abarcar situações injustas. Assim, por mais que a fonte originária da norma tenha sido produzida conforme as premissas kelsenianas, uma norma não mais produzirá eficácia se não atingir os fins sociais almejados.

Porém, cabe uma observação. Norberto Bobbio⁹ não nega a independência científica do direito, não abandona as noções estruturalistas e epistemológicas próprias dessa área do conhecimento humano. O objetivo do sociólogo é descrever os comportamentos humanos como são (ontológico ou “ciência do ser”), e o do jurista é descrever como o comportamento humano deve ser direcionado e regulamentado (deontológico ou “ciência do dever ser”).

Por uma questão de justiça metodológica, importante lembrar que o próprio Norberto Bobbio, em “Teoria do Ordenamento Jurídico” e “Teoria da Norma Jurídica”, adotava uma visão essencialmente positivista-normativista, visão que ele veio a modificar na obra “Da estrutura à função”, ao adotar uma visão ligada ao conteúdo axiológico do direito. Essa mudança paradigmática se reflete em todas as áreas do conhecimento jurídico. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 passa a ser um norte em todo o ordenamento jurídico, e suas garantias atingem todos os ramos do direito.

Ricardo Luis Lorenzetti¹⁰ escreve que o julgador, em qualquer área das ciências jurídicas, inicialmente, deve buscar os fundamentos constitucionais para, depois, valer-se das normas infraconstitucionais. Nesse sentido, ele compara o ordenamento jurídico com o sistema solar, apontando que a Constituição é o sol, centro de todo o ordenamento, e seus mandamentos

⁷ *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 297.

⁸ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 101-102.

⁹ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 101-102.

¹⁰ *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010, p. 44.

são como os raios solares que atingem os demais componentes do sistema solar (no caso, os planetas, que seriam os microssistemas jurídicos, como o direito civil e o direito penal):

“A explosão produziu um fracionamento da ordem, similar ao planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos, que, assim como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é singular. O Código é o Sol, ilumina-os, colabora com sua vida, mas já não pode incidir diretamente sobre eles¹¹.”

Assim, ao se estabelecer essa analogia da estruturação sistêmica do ordenamento jurídico com o sistema solar fica claro que a força irradiante da Constituição, ou seja, sua incidência em todas as demais áreas das ciências jurídicas, faz com que os mandamentos constitucionais adquiram força normativa e não mais um mero norte de persuasão.

Com base nesse raciocínio, o direito penal tem como fundamento epistemológico a Constituição Federal de 1988, que passa a ser, além da tradicional concepção de fundamento de validade (visão positivista de Hans Kelsen), um norte de interpretação e a principal fonte normativa penal. Esse raciocínio permitirá vislumbrar que qualquer relativização de garantias constitucionais penais irá violar o próprio fundamento epistemológico desse ramo do direito, que é frear o poder punitivo estatal, tornando sua intervenção ilegítima, arbitrária e contrária aos valores do Estado Democrático de Direito.

Frente a isso, é necessário analisar quando a mudança é do paradigma epistemológico do Estado, que é o titular do *ius puniendi*. E, segundo a concepção de Max Weber¹², compete somente a esse ente a prática da violência legítima, o que fundamenta a possibilidade de o Estado, em determinadas situações, restringir direitos fundamentais, como a liberdade, sem que essa violência seja considerada arbitrária ou ilegítima.

Portanto, tem sido argumentado que o objetivo de um Estado democrático, de acordo com o Estado de direito, é liberar o indivíduo de qualquer forma de opressão, principalmente a derivada do próprio Estado. No contexto do direito penal, os órgãos de persecução penal devem respeitar as garantias e os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Ao analisar o tema, Luigi Ferrajoli escreve que os ordenamentos jurídicos que adotaram as novas formas de “Estado de Direito” acabaram positivando os valores do direito natural, criando sistemas complexos e articulados de garantias:

“O resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídico e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, quer dizer, a sua justificação por meio da

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010, p. 45.

¹² *Política como vocação e ofício*. Trad. Gabriel Philipson. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 07.

interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que foram expressos pelas doutrinas iluministas do direito natural. Se tivéssemos que valorar os ordenamentos jurídicos dos Estados modernos pelos princípios gerais enumerados em suas constituições, seriam bem poucas as críticas que caberia formular contra elas do ponto de vista externo, quer dizer, do ponto de vista ético, político ou de justiça¹³.”

A constitucionalização desses princípios, que possuem conteúdo altamente valorativo e abstrato, obriga o operador do direito a analisar duplamente a norma penal. A primeira é a análise formal, verificando a existência da norma e a legalidade de sua incorporação no ordenamento jurídico (condições de validade). A segunda trata-se da justiça, da compatibilidade da disposição normativa penal com os princípios e os valores dispostos na Constituição. Essas análises são denominadas por Luigi Ferrajoli¹⁴ de justiça interna (ou legal), verificação formal da norma, e justiça externa, que corresponde à validade e à justiça, verificando a compatibilidade normativa com o arcabouço de valores dispostos na Constituição.

O direito penal enfrenta hoje uma situação de incerteza baseada nas garantias e nos padrões de um Estado democrático governado pelo Estado de direito, e nas tentativas de conter o crescimento da criminalidade. Essa situação de dupla função deve ser analisada com cautela, pois, no caso do direito penal, os atos de violência são dissuadidos pela violência, pela punição.

Quanto ao equilíbrio necessário entre a dupla função do direito penal, escreve Guilherme de Souza Nucci:

“Vale ressaltar o conceito extraído de Blanco Lozano, no sentido de ser o direito (não somente o penal) um projeto de paz para os homens. De fato, qual seria outra função do direito (todos os ramos) senão assegurar o equilíbrio em sociedade, garantindo-se a paz. Por evidente, o projeto de paz depende da aceitação da sociedade; sem consentimento e aquiescência, o projeto de paz transforma-se em projeto punitivo. Afinal, constitui costume, no mundo moderno, que a punição refaça o comportamento humano, permitindo a sua inserção no caminho correto do respeito ao direito alheio. Em suma, o direito penal é uma proposta de paz. Seguindo-o, vive-se melhor. Não adotando suas regras, pune-se para obter o mesmo resultado¹⁵.”

Considerando este raciocínio, evidente que a punição não pode ser um fim em si, portanto, em um Estado democrático governado pelo Estado de direito, a liberdade deve ser considerada regra, e somente em casos excepcionais pode ser autorizada a sua privação. Para esse fim, é necessário escolher como objeto do direito penal somente aquelas ações

¹³ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 326.

¹⁴ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 338.

¹⁵ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2.

verdadeiramente prejudiciais. Anabela Miranda Rodrigues, ao discorrer sobre o bem jurídico em crimes económicos, expõe:

“Na verdade, o conceito de bem jurídico, para ser verdadeiramente operativo como padrão crítico das opções de criminalização, não pode ver-se desligado daquela dimensão do princípio da legalidade. Não se que dizer, com isto, que o bem jurídico deixe de ser o *prius* do direito penal. Trata-se, apenas, para efeitos cognitivos, de o bem jurídico-penal ser apreensível. É essencial, a propósito das diversas incriminações, para que se possa afirmar que o bem jurídico invocado é efetivamente objeto de proteção, que o ilícito seja tipificado o mais precisa e minuciosamente possível de forma a permitir afirmar que ele é lesado ou posto em perigo com a realização típica. Por aqui se revela a «conexão» entre a estrutura tipológica da norma incriminadora e a proteção do bem jurídico que está efetivamente em causa salvaguardar. A não ser assim, a mera invocação da proteção de um bem jurídico pelo legislador legitimará, sem mais, a incriminação”¹⁶.

A fim de limitar a discricionariedade do legislador e impedir a criação de tipos criminosos tirânicos com penas severas, um dos princípios fundamentais do direito penal é o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Esse princípio se baseia na Declaração dos Direitos Humanos e Civis (1789), cujo artigo 8º define: “A lei só prevê penalidades estrita e manifestamente necessárias”. No mesmo sentido, escrevem Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán:

“O que não pode ser ignorado é que o direito penal também é uma parte do sistema jurídico e que, como tal, está em uma relação de interdependência com outras normas jurídicas, sem que isso signifique relação de subordinação com os demais, ressaltado é claro com o sistema constitucional que possui hierarquia superior a todos os demais sistemas jurídicos, como visto anteriormente¹⁷.”

Mas, dentro do sistema legal, o direito penal corresponde à tarefa mais ingrata e temerosa: a de sancionar os ataques mais graves, os mais intoleráveis aos ativos jurídicos mais importantes. Sob esse aspecto, diz-se que o direito penal deve ser subsidiário das demais regras do sistema legal, na medida em que expressa seu caráter de *ultima ratio*; isto é, quando o ataque não é muito sério ou o interesse legal não é tão importante, ou quando o conflito pode ser resolvido com soluções menos radicais que as sanções penais propriamente ditas devem ser aquelas as aplicáveis. Para facilitar a compreensão do princípio da intervenção mínima, expõe Cezar Roberto Bitencourt:

¹⁶. *Direito penal económico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020 (Ebook), p. 748-749.

¹⁷. *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 74. Tradução livre.

“O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade¹⁸”.

Tem-se, portanto, que a lei penal deve ser considerada a última opção no sistema legislativo e que só aja quando não houver outra opção além de criar uma lei penal, ao que a doutrina convencionou chamar de princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*.

Assim, a tutela penal somente irá incidir quando outro ramo das ciências jurídicas não foi suficiente para promover a proteção adequada, necessária e proporcional de um bem jurídico caro à sociedade, conforme explica Guilherme de Souza Nucci:

“O direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do direito. Fracassadas outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal, para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados. Luiz Luisi sustenta que o Estado deve evitar a criação de infrações penais insignificantes, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade humana. Daí ser natural que a restrição ou privação destes direitos invioláveis somente se torne possível caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para garantir bens essenciais ao homem¹⁹.”

Ao destacar o caráter subsidiário do direito penal, deve-se ressaltar a importância de tentar solucionar os conflitos com todas as outras formas de punição possíveis, uma vez que não se justifica aplicar um meio mais gravoso para proteger o bem jurídico quando um mais brando repercute da mesma forma. Sobre o tema, Leonardo Isaac Yarochevsky pondera:

“A sanção penal como remédio sancionador extremo, pode ser comparada à morfina, que só deve ser ministrada em casos gravíssimos, quando a dor torna-se insuportável e outros medicamentos já não produzem o efeito desejado. Se através de outro remédio, menos danoso, a dor pode ser aliviada ou combatida, torna-se dispensável aplicar o remédio mais grave, cujos efeitos colaterais são mais maléficos para o paciente. Do mesmo modo, é preferível aplicar uma

¹⁸ *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 61.

¹⁹ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 88.

sanção administrativa ao invés de uma sanção penal, se aquela cumpre a finalidade do direito de proteção de um determinado bem²⁰.”

Diz-se, portanto, que o princípio da intervenção mínima é dirigido principalmente ao legislador, que exige cautela na escolha do comportamento a ser criminalizado e não penaliza mais qualquer comportamento. Porém, essa conclusão não permite afastar que esse princípio, que rege a ciência penal, não incida na aplicação da norma por meio da hermenêutica.

O presente estudo visa retornar ao direito penal através de um filtro constitucional, para que a intervenção criminal seja considerada um instrumento auxiliar para indicar uma alternativa à crescente criminalização. Somente assim, com um arcabouço de direitos e garantias não só disposto, mas também efetivo, será possível considerar legítima a intervenção estatal na esfera da liberdade do indivíduo.

2.2 A proteção de bens jurídicos como fundamento legítimo da sanção penal

Ao tratar sobre o tema bem jurídico penal, inicialmente, deve-se definir o seu conceito e sua aplicabilidade dentro da dogmática penal. Assim, a noção de bem jurídico é de extrema grandeza para delimitação do alcance da tutela penal.

Uma das funções do conceito de bem jurídico tutelado é identificar o valor protegido pela norma penal, ou seja, serve de parâmetro para definir o alcance e os limites da incidência da sanção penal. Como esse valor é determinado pela dinâmica social, esse não depende do juízo do legislador, sendo uma realidade criada socialmente. Assim, compete ao legislador encontrar o valor merecedor de tutela penal. Sobre o tema escreve Luiz Regis Prado²¹:

“O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Daí o seu aspecto restritivo. Isso porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica mas se impõem a ela. Com efeito, o ordenamento jurídico ‘não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico’.”

Todo tipo penal incriminador determina um bem jurídico que se almeja preservar e proteger. Porém, o grande problema reside em determinar concretamente os critérios para

²⁰ *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 137.

²¹ *Bem jurídico-Penal e Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 07.

seleção dos bens e valores caros para uma sociedade²². Surge daí uma dificuldade, já que os valores sociais são dinâmicos e se modificam com o passar do tempo e com as transformações sociais. Porém, isso não impede que o Direito Penal desenvolva seu papel crítico e delimite os valores que merecem proteção penal. Esse tema foi objeto das Escolas Penais conforme será analisado.

Há tempos, há registros da utilização do bem jurídico penal para submeter uma conduta proibida à sanção correspondente. Segundo João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem²³, “todo processo de criminalização está intrinsecamente ligado à noção de bem jurídico.” Explicam, ainda, que no “período pré-iluminista, o objeto tutelado era o interesse religioso”²⁴; no período iluminista, a preocupação era o “direito penal fundado em um processo laico de separação entre direito e moral e uma ordem social na qual o homem assumia posição principal”²⁵; já o positivismo formal, denominado causalismo, tem como precursores Franz Von Liszt, Ernst von Beling e Gustav Radbruch.

Ao causalismo atribui-se o mérito de sistematizar a teoria do delito, com a tripartição do crime em fato típico, antijurídico e culpável. Essa teoria desenvolve uma visão neutra para analisar a conduta humana.

Segundo Juarez Tavares²⁶, a teoria causalista descreveu a ação como o movimento corpóreo voluntário, que modifica o mundo exterior. Nesse sentido, o legislador assumia o protagonismo de fonte e de legitimação do poder de criminalizar, ou seja, “é bem jurídico tudo aquilo que o legislador considere merecedor de proteção penal”²⁷. Nessa toada, para o positivismo material os bens jurídicos preexistiam à norma e eram valorados aqueles bens essenciais à vida.

A Teoria Neokantista, com o desenvolvimento das ideias de Edmund Mezger, tenta acrescentar ao conceito de crime elementos axiológicos, sendo que o bem jurídico se caracterizava, segundo palavras de Luiz Regis Prado: “o bem jurídico há de ser entendido como um valor cultural, “sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social’”²⁸.

Em contrapartida, nos regimes totalitários, como o regime nazista, o bem jurídico foi desprezado, sendo adotado um modelo eminentemente subjetivo com a criação de tipos penais

²² *Bem jurídico-Penal e Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 02

²³ *Lições fundamentais de direito penal, parte geral*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 94.

²⁴ *Lições fundamentais de direito penal, parte geral*. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 94.

²⁵ *Lições fundamentais de direito penal, parte geral*. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 94.

²⁶ *Teoria dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2012, p. 108.

²⁷ *Teoria dos crimes omissivos*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2012, p. 108.

²⁸ *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 14.

vagos. Em consequência, o crime passava a ser caracterizado pela mera violação do dever imposto pela norma, sendo irrelevante se a conduta lesionou ou expôs ao perigo o bem jurídico.

Para a Teoria Finalista, só haveria bens jurídicos dignos de proteção penal na medida em que eles atuassem na vida social²⁹. Já o funcionalismo moderado ou teleológico de Claus Roxin define o bem jurídico “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia neste objeto”³⁰.

Por fim, funcionalismo radical ou sistêmico, baseado na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, destaca-se Günter Jakobs, que defende a proteção penal da vigência da norma: “afirma que a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social”³¹.

Na visão reducionista do direito penal, o bem jurídico ocupa um papel central na teoria do tipo penal, dando verdadeiro sentido para a lei penal. Dentro dessa visão, o bem jurídico é definido“(...) bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”³² O funcionalismo redutor define o bem jurídico não como sendo o direito propriamente em si, mas sim o direito de dispor do direito. Assim, por exemplo, o direito penal não protege propriamente a vida, propriedade ou a honra, mas sim o direito de dispor da vida, da propriedade ou da honra.

Nesse escorço histórico sobre o bem jurídico penal, não se pode falar em crime, em tipo penal, sem a esse estar vinculado o bem jurídico tutelado.

Afora isso, o bem jurídico penal ocupa espaço central na dogmática penal. Este conceito representa o cerne da norma penal incriminadora e a sua leitura é fruto de uma interpretação valorativa em consonância com os aspectos sociais vividos em cada época da história. Destacam-se, assim, suas funções dogmática e político-criminal, que dão maior efetividade e legitimidade ao direito penal.

Atualmente, o bem jurídico desempenha uma importante função na dogmática penal, conforme explica Cezar Roberto Bitencourt:

²⁹ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 20.

³⁰ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (org. e trad.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

³¹ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 14.

³² PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 41.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 13ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 414.

“Atualmente, o conceito de bem jurídico desempenha uma função essencial de crítica do Direito Penal: por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade. Ocorre que, diante do atual momento de expansão do Direito Penal, resulta, como mínimo, uma tarefa complexa deduzir o conceito e conteúdo de bem jurídico, como objeto de proteção do Direito Penal. Com efeito, atravessamos um período de transição entre a tradicional concepção pessoal de bem jurídico e posturas que prescindem do dogma do bem jurídico para a legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal³³.”

Pela função político-criminal, o bem jurídico tutelado do tipo penal possui correlação de delimitação do *ius puniendi* estatal, vetando a criminalização de condutas que expõem ao risco concreto bem jurídicos fundamentais para a pacífica convivência social. Nesta toada, o conceito de bem jurídico impõe um dever de abstenção estatal, proibindo a incidência da sanção penal em situações que somente violem sentimentos, crenças ou valores éticos sociais de determinado grupo social.

Como visto anteriormente, o final da Segunda Guerra Mundial e a disseminação mundial das atrocidades causadas à humanidade, houve uma releitura da função do Estado e, principalmente, do direito, que passou a ter como pedra fundante a dignidade da pessoa humana e o respeito universal aos direitos fundamentais, reaproximando valor e norma jurídica. Já o Estado deixou de ser um fim em si mesmo para assumir a função de órgão direcionado ao bem-estar social e garantidor de direitos. Essa mudança irá influenciar diretamente o modo como o ordenamento jurídico enxergará o conceito de bem jurídico. Sobre o tema escreve Flávio Eduardo Turessi:

“O bem jurídico que, mercê dos embates das chamadas concepções metodológicas, no final do período da Segunda Guerra Mundial era concebido como uma simples abreviatura do pensamento teleológico e desempenhava um papel secundário na dogmática penal ressurgiu, no pós-guerra, como elemento de concretização e identificação de valores penalmente relevantes. Desponta, a partir de então, como um dos institutos mais agudos de delimitação do poder de punir do Estado e, por consequência, da própria atividade legislativa voltada à criminalização de condutas. Cumpre, portanto, função político-criminal de garantia que limita o exercício do poder punitivo estatal”.³⁴

Assim, direito penal não ficou imune a essas mudanças, não mais condenado a imoralidades sem lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.

³³ *Tratado de direito penal, parte geral*, v. 1, 26. ed., São Paulo, Saraiva, 2020, p. 51-52.

³⁴ *Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 60

Conforme observam Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini:

“A noção de bem jurídico passou a exercer então duas importantes funções: inicialmente uma função intrínseca (interna ao sistema), fornecendo um importante critério para a organização e interpretação dos tipos presentes no ordenamento. No nosso Código Penal os tipos são agrupados segundo o bem jurídico, por exemplo (“vida”, “patrimônio”, “dignidade sexual” etc.). Mas, posteriormente, passou a exercer uma função extrínseca (externa ao sistema) e consiste em fornecer critérios que possam definir o conteúdo das condutas passíveis de repressão penal, ou seja, quais comportamentos da vida merecem ser criminalizados. É nesse segundo sentido que atua o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos.”³⁵

O bem jurídico ocupa papel central na teoria funcionalista teleológica de Claus Roxin. Ao escrever sobre o tema, Roxin³⁶ definiu os bens jurídicos como substâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, garantindo os direitos de cada um, assegurando dessa forma a convivência harmônica entre os membros da sociedade.

Partindo desse conceito, Claus Roxin define que somente se justifica a intervenção estatal no campo penal se esse atingir uma função social:

“Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo a minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.”³⁷

O tema relacionado ao bem jurídico também ganhou força na doutrina nacional. Para muitos autores, o bem jurídico e sua proteção são o âmago do direito penal constitucional. Nesse sentido, ao delimitar os conceitos de bem jurídico e objeto da conduta, Luiz Regis Prado assim o define:

“Em termos conceituais, o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social, entidade dotada de valor), material ou imaterial, haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e desenvolvimento do homem em sociedade, previsto explícita ou implicitamente no texto constitucional, ou, ao menos, com ele não colidente ou incompatível, e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E,

³⁵ *Manual de direito penal, parte geral*, 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 35.

³⁶ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (org. e trad.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

³⁷ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (org. e trad.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

segundo a concepção aqui acolhida (constitucional estrita, matizada ou relativa), deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional.”³⁸

Trata-se de um tema de tamanha relevância, que incide em outras áreas do direito penal, por exemplo, no conflito aparente de normas. É o que descreve Leonardo Schmitt de Bem:

“Em síntese, recorre-se ao princípio da subsidiariedade como solução do concurso aparente entre normas incriminadoras que descrevem graus de ofensa ao mesmo bem jurídico, entre normas incriminadoras que correspondem a crime de dano individual e a crime de perigo coletivo e, sem existir relação de espécie e gênero, quando o fato previsto em uma norma penal incriminadora é um elemento de fato incriminado em outra norma penal incriminadora.”³⁹

Com o desenvolvimento social, principalmente no que tange aos direitos de terceira dimensão (transindividuais) a doutrina passou a adotar uma teoria dualista do bem jurídico. Assim passou a existir bens jurídicos individuais, cuja titularidade é atribuída a uma pessoa e bens jurídicos coletivos, cuja titularidade pertence a um grupo de pessoas ou mesmo a toda a sociedade. Sobre o tema escreve Figueiredo Dias:

“sem prejuízo do axioma onto-antropológico sobre o qual repousa a matéria penal -, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos, ou como quer que preferamos exprimir-nos a propósito.”⁴⁰

A complexidade social exigiu essa reformulação no conceito do bem jurídico. Assim a exclusiva e tradicional concepção do bem jurídico individual demonstrou ser insuficiente para a proteção dos novos riscos trazidos com a sociedade pós-moderna, principalmente com o fenômeno da massificação social. Porém, esse fenômeno não justifica a criação desmedida de novos bens jurídicos desvinculados de uma concreta definição do seu conteúdo, devendo ser afastado conceituações extremamente vagas. Sobre o tema escreve Flávio Eduardo Turessi:

“Entretanto, se por um lado a exclusiva e tradicional tutela penal de bens individuais mostra-se insuficiente para o enfrentamento dos (novos) riscos

³⁸ *Tratado de direito penal brasileiro, parte geral* (arts. 1º a 120), v. 1., Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 357.

³⁹ A resolução dos conflitos aparentes entre normas penais, *Revista do CEJUR/TJSC, Prestação jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 187-197, dez. 2013, p. 190.

⁴⁰ *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 175-175.

sentidos em uma sociedade pós-industrial, marcada pelo aumento da complexidade das relações sociais e pelo anonimato nas relações interpessoais, força é convir que, de outro vértice, a desmedida identificação de bens jurídico-penais coletivos que sejam extremamente vagos para justificar a ingerência penal de condutas claramente inofensivas ao corpo social também se revela desarrazoada. Dessa forma, o reconhecimento dos bens jurídico-penais coletivos deve se dar de maneira recíproca e complementar aos bens jurídico-penais individuais, “resultando artificial e inoperante, además de peligrosa, cualquier concepción que se estableza com total independencia de aquéllos”. Essa também é a orientação dada por Renato Silveira quando afirma que “A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa”. Portanto, o que deve ser buscado é a moderação. Deve-se partir, pois, para uma posição dualista que reconheça a existência e a necessidade de se tutelar tanto bens jurídico penais individuais quanto bens jurídico-penais coletivos, sem que se fale em preponderância ou hierarquia entre eles, mas em complementariedade, simbiose que não retira dos entes coletivos sua devida autonomia e substantividade, qualidades inerentes à sua condição de transindividuais.⁴¹”

Da leitura do texto acima percebe-se que é inegável a necessidade do direito penal tutelar não só bens jurídicos individuais, mas também bens jurídicos de natureza coletiva. Esse porém deve atender a um critério de razoabilidade para sua definição, não podendo adotar um conteúdo extremamente vago e impreciso que permitiria a aplicação desarrazoada da tutela penal a situações que não mereciam sua incidência. Cabe a dogmática penal, com um olhar crítico e fundamentada nos valores constitucionalmente estipulados, definir o conteúdo do bem jurídico, elegendo os valores que são caros para a sociedade e que são dignos de proteção. Somente assim podemos afirmar que o direito penal agirá de acordo com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o bem jurídico tutelado é o critério delimitador da incidência da sanção penal. Somente será admitido a aplicação do *ius puniendi* estatal com a única finalidade de proteção do bem jurídico. Ensina Nelson Hungria que: “Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional)”.

Como visto, esse conceito varia com as transformações sociais que ocorreram ao longo da história, existindo atualmente bens jurídicos individuais e coletivos. Esse último, que também é digno de proteção penal, não deve ter seu conteúdo extremamente vagos, abarcando diversas situações, que não mereceriam proteção penal. Assim cabe a dogmática penal delimitar

⁴¹ Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização. Curitiba: Juruá, 2015, p. 60

o seu alcance, e por meio de um juízo de ponderação limitar quais valores coletivos que são dignos de proteção da tutela penal.

2.3 Um processo criminal expansionista em uma sociedade de risco

A incidência do direito penal na atualidade é demasiadamente extensa. Vivemos na era da criminalização, ou seja, da criação descontrolada de tipos penais incriminadores, como a previsão normativa de penas privativas de liberdade cada vez maiores.

A sociedade moderna está sofrendo com a disseminação de várias fontes de risco como resultado de um progresso tecnológico sem precedentes. Conforme apregoa o sociólogo alemão Ulrich Beck⁴², “O conceito de sociedade de risco indica o estágio de modernidade no qual as ameaças que surgiram antes desse tempo no caminho da sociedade industrial começam a se formar”.

As consequências desse modelo não podem ser ignoradas, principalmente porque a grande maioria dos riscos existentes vem das decisões e das atitudes de outros cidadãos ao aplicar e desenvolver metodologias em vários campos, por exemplo, a indústria militar, a engenharia nuclear, a tecnologia da informação e a genética.

Por essa razão, a sociedade de risco aumenta o sentimento de insegurança na população, o que cria um ambiente propício à ação política, que visa eliminar os riscos e responsabilizar seus criadores. Surge, então, a ideia de que o direito penal, devido à gravidade das sanções aplicadas à sua proteção legal, pode limitar os riscos tecnológicos aumentando o número de tipos de infratores para regular muitas questões.

Conforme aponta Bernardo Feijo Sánchez⁴³, na tentativa de adaptar o direito penal a essa sociedade de risco, assumindo a responsabilidade de tornar possível o controle de atividades perigosas, está ocorrendo um processo de naturalização que suaviza os limites entre a natureza repressiva e reativa do direito penal.

Como será visto com maior profundidade ao longo da presente dissertação, a expansão do direito penal tem íntima relação com as transformações sociais, principalmente com a denominada sociedade de risco. O delito como uma criação artificial social amolda seu conceito com a dinâmica social e com a sociedade de risco, houve a mudança na dogmática penal.

⁴² *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 17.

⁴³ Bernardo Feijo Sánchez *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina de. Moral, imoralidades e bem jurídico no direito penal sexual: o delito de ato obsceno. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. v. 5, n. 9, 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>. Acesso em: 08 set. 2021, p. 2.

2.4 Papel simbólico do direito penal

A expansão do direito penal acaba por determinar a adoção de leis penais na sociedade moderna sem um critério rigoroso para garantir sua efetiva implementação. O chamado direito penal simbólico surge dessa distorção do direito penal.

Para continuar explorando a questão, vale considerar o conceito trazido por José de Ribamar Sanchez Prazeres:

“Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão “direito penal simbólico” como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais⁴⁴.”

Em resumo, o direito penal simbólico é uma tendência que procura alcançar principalmente as massas populares, ao utilizar o medo e a insegurança da população para criar leis. Essas leis não são capazes de realmente proteger a propriedade legal violada, mas de cumprir a vontade do povo, mesmo que isso não afete reduzir a criminalidade.

Esse simbolismo criminoso geralmente é criado quando existe um crime muito brutal ou amplamente exposto que abala o país. Quando isso ocorre, o povo investe contra o Estado, exigindo uma atitude firme. Logo depois, aparecem símbolos, com a adoção de leis que proíbem ações antes não proibidas ou que aumentam as penalidades para o que já era proibido.

Nota-se que o objetivo do simbolismo não é resolver uma situação criminosa ou resolver problemas, mas tranquilizar a população, conforme observa Paulo Queiroz:

“Digo simbólico porque a mim me parece claro que o legislador, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento decidido⁴⁵.”

⁴⁴ *O direito penal simbólico brasileiro*. s/d. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/>. Acesso em: 28 set. 2021, p. 3.

⁴⁵ Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 74, 1999, p. 9.

O grande problema com a promulgação descontrolada de leis em resposta ao protesto público é que ela mina o propósito do próprio direito penal, uma vez que a criminalização do comportamento, e o aumento das penas, não é um fator de redução ou de dissuasão do crime.

Como uma sociedade em risco, o simbolismo criminoso é um fator no processo expansionista do direito penal a inflacionar o sistema jurídico sem dar uma resposta efetiva ao problema do crime, porque, conforme afirmava Cesare Bonesana⁴⁶, o marquês de Beccaria, com razão, “proibir um grande número de ações diferentes não é impedir os crimes que podem surgir deles, mas criar novos crimes”.

2.5 Deslegitimando a interferência abusiva da tutela penal

O debate sobre a legitimidade do direito penal merece uma menção especial, pois é a área do direito que prevê as penas mais severas em nosso sistema jurídico. No contexto de alargamento desse ramo do direito, é essencial abordar a questão na busca de um sistema político criminal que valorize tanto a segurança jurídica desejada como as garantias individuais do Estado de direito democrático universalmente reconhecido.

O desrespeito repetido ao princípio de interferência mínima e ao direito penal simbólico, conforme descrito nos parágrafos anteriores, são fatores determinantes na crise enfrentada pelo direito penal. É o que descreve Thalita da Silva Coelho:

“O direito penal brasileiro tem passado de *ultima ratio* a *prima ratio*, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais. É o que se vê em legislações recentes como a Lei dos Crimes Hediondos e suas reformulações (Lei n. 80.072/1990), a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/1998), entre outras. Afastado de uma preocupação acerca da legitimação da intervenção penal, o Estado, cada vez mais, se vale de uma legislação de cunho simbólico e estigmatizante⁴⁷.”

Segundo a autora⁴⁸, a descrença no direito penal é uma consequência de seu uso abusivo, com a inserção de regras penais mesmo quando poderiam ser tratadas por outras áreas do direito, como o direito administrativo sancionador.

⁴⁶ *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Book, 2012, p. 136.

⁴⁷ *Bem jurídico penal como limitação ao jus puniendi e perspectivas de descriminalização*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConItem.html. Acesso em: 18 abr. 2021, p. 47.

⁴⁸ *Bem jurídico penal como limitação ao jus puniendi e perspectivas de descriminalização*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConItem.html. Acesso em: 18 abr. 2021, p. 48.

Outro fator determinante na crise do direito penal diz respeito à função da pena – o que exige aqui uma breve introdução. A doutrina enumera a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial como funções da pena.

A natureza retributiva da pena refere-se à imposição de um mal como uma forma de reparação por outro mal. Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹, nesse caso, não é uma finalidade social; a pena é a difícil tarefa de alcançar a justiça, de compensar a culpa do autor.

No âmbito do recurso retributivo ou absoluto, a pena pode ser analisada como meio de vingança, expiação ou um imperativo de justiça ou retribuição jurídica, como é defendido pelas teorias absolutas da pena. Como colocam Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini⁵⁰: “Para as teorias absolutas, a pena teria função predominantemente retributiva, ou seja, teria como compensar o mal do crime”.

A visão da pena como uma vingança, conforme ressaltado por Oswaldo Henrique Duek Marques, decorre de um sentimento humano antigo advindo da manifestação dos totens ou dos tabus:

“O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação. Este sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança, consubstanciada na represália, tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão⁵¹.”

A pena sob a visão de expiação possui suas origens remotas. Já na Antiga Grécia, havia relatos históricos do uso da pena como expiação do mal causado pelo delito para o convívio na polis. Trata-se de um entendimento já defendido por Platão. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

“A expiação daquele que violou as normas de convivência — expressada pela aplicação das mais atroz penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados — é um sentimento comum que se une à Antiguidade mais remota. A civilização helênica (Grécia) desconheceu a privação da liberdade como pena. Platão, contudo, propunha, no livro nono de *As Leis*, o estabelecimento de três tipos de prisões: “uma na praça do mercado, que servia de custódia; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao ‘suplício’ que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”. Platão já apontava as duas ideias históricas da privação

⁴⁹ *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 156-157.

⁵⁰ *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 513.

⁵¹ *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 27.

da liberdade: a prisão como pena e a prisão como custódia, esta última a única forma efetivamente empregada na Antiguidade. Deve-se acrescentar que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim, o devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir seu crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar a sua dívida⁵².”

Essa visão passa a ser incorporada pelo direito canônico, que fundamenta a pena como um meio de purificar a alma e a própria sociedade, contaminada pelo pecado com a prática do crime. Essa ideia é adotada posteriormente na Idade Média. Ocorre, porém, que o direito canônico via na expiação um meio de purificar a alma do apenado que havia violado diretamente os mandamentos de Deus, e por isso, deveria ser encarcerado para refletir sobre o mal causado. Essa maneira de aplicar a pena influenciou diretamente a visão contemporânea do encarceramento do delinquente.

Na concepção da retribuição como um imperativo de justiça, impor a pena obedece a uma lógica de racionalidade, ou seja, aplica-se a pena na mesma proporção do mal gerado pela conduta. Ao contrário da visão de expiação, nessa última adota-se uma visão de proporcionalidade, ou seja, o mal causado pela pena não pode ser maior que o mal causado pela conduta delituosa.

Essa ideia foi inicialmente pregada por Aristóteles em “*Ética a Nicômaco*”, no livro X, e posteriormente desenvolvida por Kant dentro da visão humanista. Trata-se de uma conclusão extraída da seguinte exposição de Aristóteles:

“[...] Consequentemente, necessitaremos de leis para os indivíduos adultos também, e, com efeito, para todas as pessoas em geral por toda a vida, pois com o vulgo funcionam mais a coação e a punição do que dele esperar a razão e a nobreza de conduta. Daí alguns pensarem que, embora o legislador deva fomentar a virtude entre os indivíduos em nome da nobreza, na expectativa de que os que tiveram uma educação moral adequada reajam positivamente a isso, será obrigado a impor castigos e penalidades aos desobedientes e de baixa extração, como também terá que banir, de uma vez por todas, os incorrigíveis. Pois (sustentam 10 eles), embora o indivíduo virtuoso, que vive de acordo com o que é nobre, acate a razão, o indivíduo vil, cujos desejos estão fixados no prazer, é punido pela dor, como um animal de carga. Eis a razão para afirmarem que as dores para os transgressores devem ser de tal natureza a se oporem maximamente aos prazeres que os atraem⁵³.”

A visão retributiva da pena também foi defendida por aqueles que sustentaram a reforma humanista das ciências jurídicas. Neste sentido, Kant argumenta que o mal da pena deve ser

⁵² *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 598.

⁵³ *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 384-385.

igual ao causado pelo delito, em uma concepção semelhante à Lei de Talião. Neste sentido, escreve:

“Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro. O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. Se você o insulta, então insulta a si mesmo; se você o rouba, então rouba a si mesmo; se você o agride, então agride a si mesmo; se você o mata, então mata a si mesmo. Somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança – nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) – a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça. – Parece, de fato, que a diferença entre as posições sociais não permite aplicar o princípio da retaliação de pagar algo com a mesma moeda. Ainda que isso não seja possível literalmente, no entanto, ele pode permanecer sempre válido, no que concerne ao efeito, relativamente ao modo de sentir dos mais privilegiados”⁵⁴.

Por fim, na concepção retributiva, a pena pode ser vista como uma retribuição jurídica. Para essa visão, desenvolvida pelo filósofo germânico Georg Wilhelm Friedrich Hegel, o crime viola o ordenamento jurídico, cabendo à pena restabelecer a eficácia do ordenamento jurídico. Essa linha de pensamento crê que todo ser humano tem livre arbítrio, e seu mau uso exige do estado uma reação, com a finalidade de intimidar ou de melhorar o ser humano. Pensamento oriundo dos iluministas, propõe o abandono dos conceitos religiosos da pena, e atribui uma concepção racional ao dever de punição estatal⁵⁵.

Sob a mesma visão, explicando a importância da formulação do imperativo categórico para o direito, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli descrevem a fundamentação filosófico-política das sanções penais:

“Quando Kant faz aplicação desses princípios no direito penal, conclui que a pena não pode ser imoral, ou seja, não pode tomar o homem como um meio. Afirmar que a pena nunca pode ser um meio, porque, se assim for, mediatiza o apenado. Nem sequer aceita que seja um meio para melhorar o próprio delinquente. Daí que conceba a pena como um fim em si mesmo, derivado da simples violação do dever jurídico. Qual será, pois, a medida da pena? Não pode ser outra além do mal imerecido infligido à vítima, isto é, o talião, que Kant entende como a devolução da mesma quantidade de dor injustamente causada. Tal é a teoria absoluta da pena em Kant”⁵⁶.

⁵⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes – parte I: Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Trad. de Artur Morão. Lisboa: 70, 2004, posição 2.125 de 5.746, versão do Kindle.

⁵⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. II. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 165.

⁵⁶ *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 240.

O discurso retributivo recebe várias críticas dos adeptos das teorias relativas ou preventivas da punição. Uma primeira crítica que parece evidente ao conceito de pena como vingança ou mesmo como expiação é sua flagrante incompatibilidade com a concepção de Estado Democrático de Direito. A primeira, apesar de inegavelmente ser um aspecto da coerção penal, não pode ser a única fundamentação da pena.

A pena em si é uma vingança e nunca deixará de ser, porém, fundamentar a sua incidência única e exclusivamente nesse sentimento humano a deslegitima. A outra concepção, da pena como meio de expiação, aponta que, devido a seu caráter religioso, viola a noção de Estado laico, ou seja, o Estado durante o exercício do *ius puniendi* não pode fundamentar a sua incidência em um discurso religioso.

Já as visões de Georg Wilhelm Friedrich Hegel⁵⁷ sobre os fundamentos das ideologias penais não deixam de ser intangíveis no plano fático. Kant, ao pregar a pena como um imperativo categórico de cunho moral, e Hegel, ao defender a sanção penal como um meio de reafirmar o direito violado pela conduta criminosa, não conseguem estabelecer uma aplicabilidade prática de seus conceitos, por isso, atualmente, não encontram adeptos para a teoria absoluta da pena. Ao escreverem sobre as visões de Hegel, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli pontuam:

“Convém insistir que o pensamento de Hegel e de seus continuadores é romântico, porque, embora considere a razão absoluta, não é racional. A razão, tal como entendida por Hegel, não é a razão como a entendia Kant, mas é uma força criadora que a tudo impulsiona e que, em definitivo, é o único que é (Hegel dizia que “todo o racional é real e todo real é racional”). Esta visão da ‘realidade’ não pode ser obtida mais do que como uma intuição primária, a partir da qual se derivam todas as consequências do sistema. Este é o procedimento do romantismo. Daí termos dito antes que este procedimento é uma caricatura da mística⁵⁸.”

Buscando fundamentar a pena como meio de prevenção do cometimento de novos delitos, surgiu a teoria relativa da pena. Para aqueles que defendem a função preventiva da pena, a finalidade da tutela penal não é a de compensar o delito, mas a de preveni-lo. A pena deve ser imposta de maneira a evitar que o autor do fato delituoso volte a delinquir, discurso preventivo que é dividido em prevenção geral e prevenção especial.

A prevenção especial está diretamente relacionada ao indivíduo condenado, para não voltar a cometer condutas delituosas. Através do trabalho do pessoal penitenciário, ele

⁵⁷ *Princípios fundamentais da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Marins Fontes, 1997, p. 86.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 259.

alcançaria a ressocialização (prevenção especial positiva). Além disso, enquanto cumpre a pena, é neutralizado, não podendo cometer novos crimes (prevenção especial negativa).

Essa corrente também tem sido severamente criticada, já que a desejada ressocialização do preso não foi alcançada. Além disso, conforme enfatiza Thalita da Silva Coelho⁵⁹, respeitando a autonomia do preso, todos os direitos não afetados pela sanção merecem ser protegidos, de maneira que os programas de ressocialização devem ser individuais e voluntários.

Conforme acrescentam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁶⁰: “O § 6º do art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser a reforma e a readaptação social do condenado”. Em geral, afirmamos que estes objetivos são os de toda prevenção especial penal que se dirija ao criminalizado (há outra que se dirige à vítima, de que nos ocuparemos de imediato).

A prevenção geral, por sua vez, visa atingir a comunidade, de maneira que a sanção penal atue como uma ameaça. Ao operar de forma negativa, pretende-se que a existência de uma punição grave desencoraje a delinquência. A principal crítica a essa função é sua inocuidade, pois, muito mais que a seriedade da pena aplicada, a certeza da aplicação da pena é que tem esse caráter intimidador.

Em seu lado positivo, a prevenção geral visa restaurar a expectativa da sociedade em relação à norma penal. Em ambos os casos, a ideia é a de que a punição leva a uma situação de segurança, o que ajuda no controle social.

Essa noção de prevenção geral negativa, desenvolvida inicialmente por Paul Johann Ansekm Ritter von Feuerbach, prega caber ao Estado impor de maneira abstrata uma pena maior que os benefícios gerados pela prática do crime. Além disso, esse raciocínio se fundamenta em um pensamento antropológico utilitarista e considera que todo ser humano, antes de praticar uma conduta, pondera seus benefícios e desvantagens⁶¹.

Como o homem é capaz de calcular racionalmente as vantagens e desvantagens das suas atitudes, cabe ao Estado sancionador criar penas em abstrato que tornem inócuas as eventuais vantagens trazidas pela prática do delito.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

⁵⁹ *Bem jurídico penal como limitação ao jus puniendi e perspectivas de descriminalização*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html. Acesso em: 18 abr. 2021, p. 50.

⁶⁰ *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 259.

⁶¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 174.

“Para Feuerbach, os nossos direitos subjetivos não são reconhecidos pela razão prática daquele que é obrigado a respeitar-nos – como em Kant – mas encontram-se na própria razão prática do titular desses direitos. Para isso, Feuerbach sustenta que, ao lado da razão prática moral, existe uma razão prática jurídica e, enquanto a primeira indica quais são os deveres morais, a segunda nos aponta quais são nossos direitos subjetivos. Daí decorre que Kant o considerava como um instrumento tutelar de direitos que a ele preexistem. Por esse motivo, Feuerbach era contratualista, ainda que reconhecesse no contratualismo o mero valor de um símbolo explicativo. [...] Para Feuerbach, conforme se expõe neste trabalho, a pena é aplicada em razão de um fato consumado e passado, e tem por objeto conter todos os cidadãos para que não cometam delitos, isto é, almeja coagi-los psicologicamente. Daí que não só seja necessária uma cominação, mas também a execução, e que a conexão do mal com o leito deva ser feita por uma lei, de forma a não lesar direitos de ninguém, pois a ameaça abstrata opera quando tenham sido lesados direitos e cria a certeza de que a pena se seguirá ao delito. Para que a pena atue como coação psicológica, é necessário – segundo Feuerbach – que seja uma pena certa e não indefinida⁶².”

A prevenção geral positiva apregoa que a pena tem uma função comunicativa afirmativa, ou seja, o Estado sancionador transmite para os cidadãos que as normas jurídicas estão vigentes. Essa é a principal função da pena, segundo a visão funcionalista. Para o funcionalismo teleológico, o fundamento epistemológico da sanção penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Assim, ao discorrer sobre o absolutismo penal, corrente que não é aceita por ele, escreve Claus Roxin:

“Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do poder judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos)⁶³.”

Já o funcionalismo sistêmico ou radical, baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, sustenta que a pena não visa reparar o dano causado pela conduta delitiva, mas reafirmar a confiança social na norma, protegendo legítimas expectativas sociais. Günther Jakobs retira do fundamento da pena a proteção subsidiária de bens jurídicos, visto que quando incide a sanção penal, o bem jurídico já foi violado:

“A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a

⁶² *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 241-242.

⁶³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5.

coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, circula um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”⁶⁴.

A visão unicamente prevencionista da pena não é imune a críticas. Jesús-María Silva Sánchez⁶⁵ aponta quatro graves problemas na teoria que adota a pena como meio exclusivo de intimidação: o da legitimação axiológica em face do delinquente; o da legitimação empírica; o da legitimação dos mecanismos de intimidação; e o da concepção da norma com caráter de intimidação.

O primeiro problema indica uma grave falha na visão que “coisifica” o delinquente com o objetivo de atingir a finalidade da norma, ferindo a dignidade da pessoa humana. O segundo coloca luz na pobreza argumentativa dessa teoria, tendo em vista que não há nenhuma demonstração empírica do grau de intimidação produzido pela sanção penal, menos ainda consegue determinar quantos sujeitos se sentem ameaçados por esta.

Por fim, sendo este o principal objetivo desta dissertação, ressalta-se que a prevenção geral só reforça o simbolismo do direito penal. Isso porque pretende transformá-lo em um ícone, que influencia a psicologia do cidadão, sem oferecer uma solução eficaz ao problema da delinquência, conforme reforçam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“Pode existir uma contradição inconciliável entre o repúdio da tese que busca a prevenção geral e o reconhecimento de que a principal função que parece cumprir a pena seja de caráter simbólico. Todavia, não é assim. O rechaço à tese da prevenção geral ocorre apenas por ser ela irracional; no plano normativo, atribuir à pena a função de prevenção geral vale dizer que a pena não deve ser uma forma de prevenção geral, que o legislador não deve ter na sua mira esta função. Isto não significa que a pena possua uma função simbólica na realidade social e outra no plano normativo, e que o ser e o dever ser não têm contato, e que tudo fica em perfeita harmonia no colmo da esquizofrenia jurídica. Muito ao contrário: afirma-se que a pena deve possuir uma preocupação – cujas características logo veremos – significa que quando se comprova que uma pena não cumpre esta função preventiva particular, e apenas se limita a uma função simbólica, este dado ou informação de fato (do mundo do “ser”) deve ser valorado pelo direito, e, em tal situação, deve-se entender que essa pena é inconstitucional, violadora dos direitos humanos, e, conseqüentemente, não se justifica a sua imposição. É lógico que a pena, ainda que cumpra em relação aos fatos uma função preventiva especial, sempre

⁶⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito penal do inimigo*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 22.

⁶⁵ *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 136-144.

cumprirá uma função simbólica. No entanto, quando só se cumpre esta última, será irracional e antijurídica, porque se vale de um homem como instrumento para a sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si, “coisifica” um homem, ou, por outras palavras, desconhece-lhe abertamente o caráter de pessoa, com o que viola o princípio fundamental em que se assentam os Direitos Humanos⁶⁶.”

Dito isso, nos próximos capítulos, serão estabelecidas a delimitação semântica de legislação simbólica, sua relação com o direito penal contemporâneo e as causas sociais e políticas de sua expansão, tentando delimitar as propostas alternativas a esse processo de crescente criminalização e, finalmente, eleger aquela que acreditamos ser a mais coerente.

⁶⁶*Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 102.

3 O CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PENAL

O ser humano é inegavelmente um ser que cria realidades artificiais, ou seja, aquelas que empiricamente não são atestáveis ou sensorialmente perceptíveis. Neste sentido, há vários exemplos que nos permitem chegar a essa conclusão, por exemplo, o conceito de propriedade. Na natureza, não se observa seres levantando muros ou litigando via ação reivindicatória determinando a retomada de bem móvel que acredita ser dono. Nessa metafísica criada pelo homem, a comunicação é importante, principalmente por meio de símbolos, um dos seus elementos fundamentais, segundo Rodrigo Fuziger:

“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 poderiam ser acessadas sensorialmente, por meio do mundo físico. O símbolo promoveu o raciocínio humano de uma complexidade que auxiliou no paulatino distanciamento do ser humano do rudimentar uso de seus sentidos e instintos”⁶⁷.

Assim, o símbolo ganha um importantíssimo papel dentro das ciências jurídicas, já que a comunicação é um elemento fundamental do direito e a representação simbólica é um instrumento muito importante no campo da linguagem:

“Ora, diante dessas premissas, que devemos entender por interpretação? Dissemos que a fala se refere ao uso atual da língua. *Falar é dar a entender alguma coisa a alguém mediante símbolos linguísticos. A fala, portanto, é um fenômeno comunicativo.* Exige um emissor, um receptor e a troca de mensagens. Até o discurso solitário e monológico pressupõe o auditório universal e presumido de todos e qualquer um, ao qual nos dirigimos, por exemplo, quando escrevemos um texto ou quando articulamos, em silêncio, um discurso, ao pensar. Sem o receptor, portanto, não há fala. Além disso, exige-se que o receptor entenda a mensagem, isto é, seja capaz de repeti-la.”⁶⁸

Nesta toada, a interpretação jurídica, cuja função é a pacificação social com a resolução de conflito, tem como pedra basilar a argumentação e a comunicação. Assim o aplicador do direito emprega a comunicação como meio de legitimar suas decisões:

A interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos. O jurista não interpreta como o faz

⁶⁷ *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 216.

o ser humano, ordinariamente, quando procura entender a mensagem de alguém numa simples conversa. Neste caso, o que se busca é entender o que foi comunicado, captando o sentido a partir de um esquema de compreensão próprio de quem ouve, a fim de orientar suas reações e subsequentes ações. Já o jurista pressupõe que, no discurso normativo, são fornecidas razões para agir de um certo modo e não de outro. Essas razões, portanto, se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades de ação nem sempre congruentes, ou seja, conflitivas. Pressupõe, assim, que o ser humano age significativamente, isto é, atribui significação à sua ação. Como essa significação conhece variações subjetivas, a interpretação jurídica cria condições para tornar decidível esse conflito significativo. O que se busca na interpretação jurídica é, pois, *alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade*. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa como um dever-ser para o agir humano⁶⁹ (grifos nossos).”

Trabalho elaborado por Marcelo Neves, em 1994, analisa o conceito e os efeitos da legislação simbólica. Seu ponto de partida foi definir “simbólico” no contexto em que é estudado. Explica, ainda, que “símbolo” e “simbolismo” são termos ambíguos e extensamente vagos:

“Os termos ‘simbólico’, ‘símbolo’, ‘simbolismo’, etc são utilizados nas diversas áreas da produção cultural, frequentemente sem que haja uma pré-definição. A isso está subjacente a suposição de que se trata de expressões de significado evidentemente, unívoco, partilhado “universalmente” pelos seus utentes, quando, em verdade, nem sempre se está usando a mesma categoria. Ao contrário, estamos diante de termos os mais ambíguos da semântica social e cultural, cuja utilização consistente pressupõe, portanto, uma prévia deliberação do seu significado, principalmente para que não se caia em falácias de ambiguidade. Assim sendo, parece oportuno apontar alguns dos usos mais importantes de “símbolo” e “simbólico” na tradição filosófica e científica ocidental, procurando relevar as convergências e divergências de significados, antes de precisar o sentido de “legislação simbólica” no presente trabalho⁷⁰.”

Ao analisar o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes⁷¹ explica que o símbolo pode ser traduzido como a dimensão em que o discurso conotativo é mais forte que o discurso denotativo, ou seja, que o sentido manifesto é menos relevante que o sentido latente. Assim, apesar de constituir um termo polissêmico, delimitamos seu conceito, neste trabalho, como aquele em que prevalece sua função comunicativa em detrimento da função instrumental.

Para facilitar a compreensão do tema, importante traçarmos o contraponto entre os efeitos instrumentais e simbólicos da pena. Para José Luis Díez Ripollés⁷², os efeitos

⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 216.

⁷⁰ *A Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 11.

⁷¹ *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 91.

⁷² O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 24-49, jan.-jun. 2004, p. 26.

instrumentais são capazes de atingir a função ou a finalidade para a qual nasceu o direito penal, que é a proteção de bens jurídicos, repelindo condutas socialmente indesejadas e promovendo uma verdadeira transformação social. Já os efeitos simbólicos desempenham funções diversas, não de proteção de bens sociais relevantes, mas de transmissão de conteúdos valorativos, influenciando no imaginário humano.

Nesse contexto, procura vincular a função desempenhada pela legislação simbólica no contexto social e a concepção de símbolo. A que melhor se adéqua a esse conceito e aos objetivos traçados pelo seu trabalho, é o uso do sentido manifesto (irrelevante), mas relevante o seu significado latente.

Assim, o sentido conotativo (figurado ou utilizado em situações não usuais) é muito mais forte que o sentido denotativo (real do termo) – a linguagem manifesta, assim, é mais frágil que a latente.

Essa análise, no entanto, não se limita a uma relação linear de meio e fim. Trata-se de uma avaliação do agir simbólico, que não deve se restringir ao seu sentido oculto ou implícito, mas abranger também o próprio sentido manifesto, para uma análise precisa do sentido mediato. Nas palavras de Marcelo Neves:

“Contudo, 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 Gustield: “a distinção entre a ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação, a linguagem é mais ambígua: o agir simbólico e 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 ao mesmo⁷³.”

Somente é possível estabelecer uma distinção precisa entre o sentido manifesto pela norma e o sentido conotativo através da análise dos sistemas sociais, de modo a se verificar qual é o sentido mediato da norma, que quase sempre visa o controle social.

Assim, podemos afirmar que quase todo texto normativo tem uma forte carga simbólica, o que não significa que seja exclusiva ou necessariamente simbólico. O efeito simbólico se destaca se o texto normativo tem em parte funções latentes político-simbólicas mais fortes socialmente que sua função normativo-jurídica ou normativo-reguladora de relações sociais de força coercitiva.

⁷³ A *Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 26.

Assim, a grande patologia gerada pela legislação simbólica, nesse contexto, é a hipertrofia, ou seja, uma preponderância da função político-simbólica, em detrimento da força normativo-jurídica do dispositivo normativo.

Sob o prisma do discurso legitimador, é aqui que o efeito simbólico se torna um problema, pois eclipsa a efetividade da norma, que deixa de determinar, orientar ou inibir comportamentos, que não cumprirá sua promessa de orientar o comportamento social. Em outras palavras, o problema da legislação simbólica se forma na hipertrofia da função político-simbólica, em detrimento da força normativa da legislação. Logo, a dimensão político-simbólica prevalece sobre a natureza jurídica normativa própria do direito.

Entre as características da legislação simbólica, temos três tipologias: fórmula de compromisso dilatório; confirmação de valores sociais de um grupo dominante; e a instituição da legislação-álibi. É a primeira que nos interessa nesta pesquisa.

A fórmula do compromisso dilatório afirma que, em um cenário de conflito social, a legislação surge em circunstâncias políticas nas quais as partes envolvidas aprovam uma lei sabidamente ineficaz para a resolução da lide social, protelando, assim, a real solução do conflito.

A legislação-álibi é a atividade legiferante estatal que visa camuflar um problema social por meio de uma lei ou ato normativo que aparentemente soluciona o problema, mas apresenta pouca ou nenhuma solução prática; seu cerne é somente frear o conflito social, conforme explica Rodrigo Fuziger:

“Leis que servem de álibi, leis promulgadas em cenários de crise. Por exemplo, leis contra o terrorismo com o objetivo 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 abstrato⁷⁴.”

Por fim, a confirmação dos valores sociais dos grupos dominantes é consectário lógico dos dois tipos descritos. A estrutura de poder estatal é dominada pelos grupos sociais hegemônicos, logo, ao estabelecer a legislação-álibi, reafirma os seus valores sociais. Por isso, a infração penal é um meio de proteger valores sociais, visto que serão tipificadas as condutas que atingem os valores das classes dominantes.

Como visto, o fenômeno da legislação simbólica está umbilicalmente ligado ao direito penal, seja na elaboração das normas penais, na sua incidência com a persecução penal ou

⁷⁴ *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 134.

durante a execução penal. No direito penal, a tensão entre a prometida solução do conflito e o conteúdo simbólico da legislação merece especial atenção. Para isso, imperioso inicialmente traçarmos conceitos e seus respectivos efeitos.

3.1 O caráter simbólico da tutela penal

Toda sanção, por mais branda que seja, possui inegavelmente um caráter simbólico. Por mais eficiente que seja a máquina de persecução penal estatal, sempre haverá condutas que não chegarão ao conhecimento das autoridades estatais ou que não atingirão o resultado útil da persecução penal, que é a aplicação do *ius puniendi*. Assim, a pena deve possuir um caráter intimidatório, para que de alguma forma coíba os cidadãos de praticar as condutas socialmente indesejadas.

A prática, porém, demonstra Estados que não conseguem produzir uma política criminal eficaz no combate à criminalidade, e acabam se valendo de legislações penais predominantemente simbólicas, flexibilizando direitos e garantias fundamentais e impondo sistemas punitivistas. Nesta toada, quanto mais ineficiente a máquina estatal de combate à criminalidade, mais rigorosa a legislação penal, portanto, ineficaz na prática, pois fornece meros símbolos de rigor excessivo que efetivamente caem no vazio, dada sua falta de aplicação efetiva, justamente por ser tão rigorosa.

Reforçando a ideia apresentada, Nils Christie⁷⁵ define a pena como uma manifestação simbólica, como uma consequência para o delinquente inferior ao dano por ele produzido. Ora, nesse aspecto, a pena declara que a conduta, omissiva ou comissiva, violou um ou mais de um valor caro à determinada sociedade.

Esse aspecto é inegável em qualquer pena, aspecto inafastável da tutela penal. O grande problema reside na sua possível prevalência em detrimento das demais funções apregoadas pelo sistema penal.

É exatamente esse o conceito de direito penal simbólico, em que prevalecem os efeitos simbólicos das penas em detrimento do seu efeito instrumental, que é legítimo. Os tipos penais predominantemente simbólicos carregam uma forte carga moral e emocional, revelando uma clara intenção do governo de manipular a opinião pública, ou seja, o legislador instilou na

⁷⁵ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 129.

sociedade uma falsa ideia de segurança. Ao discorrer sobre o tema, José Luis Díez Ripollés⁷⁶ analisa a legislação brasileira do crime organizado:

“O denominado ‘direito penal simbólico’ constitui um caso de superação dos limites utilitários que o princípio teleológico da sanção penal assinala à intervenção penal. Caracteriza-se, de um modo geral, por se produzirem através da pena efeitos sócio-pessoais expressivo-integradores que carecem de legitimidade não por sua natureza, mas porque não se ajustam às decisões político-criminais que fundamentam a pena. Isso acontecerá se os mencionados efeitos satisfazem objetivos que não são necessários para manter a ordem social básica, se centram sua incidência sobre objetos pessoais que não são os decisivos na lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos, ou se, finalmente, seu conteúdo não guarda relação com as necessidades de controle social a satisfazer com a reação penal. Em qualquer caso, a ideia de desequilíbrio entre efeitos legítimos e ilegítimos, antes descartada, tem um ponto a considerar: com o direito penal simbólico estamos diante de um conceito gradual, pelo que seu emprego para descrever uma intervenção penal alude a um significativo deslocamento desta até a produção de efeitos com as carências já mencionadas, sem que isso exclua a presença de outros efeitos sem essas faltas, embora haja o desempenho por parte destes de um papel significativo⁷⁷.”

A hiperbolização do direito penal gerou reações adversas a esse movimento. Nesse sentido, surgiu principalmente nos países nórdicos a Escola Abolicionista, com Louk Hulsman e Nils Christie, que começaram a propor um novo método de convivência social e de enxergar o direito penal. Conforme explica Guilherme de Souza Nucci:

“O movimento trata da descriminalização (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas hoje criminalizadas) e da despenalização (eliminação – ou intensa atenuação – da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como solução para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande parte dos países. O método atual de punição, eleito pelo direito penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade⁷⁸.”

Dentro desse diagnóstico traçado pelos abolicionistas, conforme analisa Guilherme de Souza Nucci⁷⁹, o sistema penal é evidentemente seletivo, simbólico, conclusão que se justifica em razão dos altos índices de reincidência. Nesse sentido, em uma entrevista realizada por

⁷⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 24-49, jan.-jun. 2004, p. 36-37.

⁷⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 24-49, jan.-jun. 2004, p. 37.

⁷⁸ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 646.

⁷⁹ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 646.

Jacqueline Bernat de Celis com um dos precursores do abolicionismo penal, Louk Hulsman, ao ser questionado sobre o distanciamento das funções da pena privativa de liberdade, afirma:

“Ela é constantemente questionada pela realidade. Façamos um parêntese: a desumanidade do sistema penal está, em parte, na situação em que reciprocamente se colocam o imputado e os agentes que tratam com ele. No contexto deste sistema, onde não tem a oportunidade de se expressar, o policial ou o juiz, mesmo que queiram escutá-lo, não podem fazê-lo. É o tipo mesmo de relações instituídas por este sistema que cria situações desumanas. Voltando às minhas experiências pessoais, eu poderia dizer que, num dado momento, constatei que todas as espécies de reformas concebidas para pôr fim a determinadas injustiças – reformas realizadas por um mesmo ou por outros – se voltaram contra o projeto inicial, criando ainda mais repressão e mais impotência. Ou ainda, que todos os esforços dispendidos, não importa quão intensos, restaram absolutamente ineficazes, como que absorvidos ou neutralizados pelo sistema. Pouco a pouco, compreendi que o malogro, na verdade, vem do fato de termos uma falsa idéia de realidade das estruturas, confundindo legitimação e realidade⁸⁰.”

Pautado nessa visão, Nils Christie ressalta que o aprofundamento do sistema penal é conveniente para manter a dominação das camadas sociais privilegiadas sobre a grande massa de oprimidos. Nesse sentido, ao analisar as semelhanças dos fenômenos do hiperencarceramento na Rússia e nos Estados Unidos da América, sublinha:

“Tudo isso é, de certa forma, óbvio: em grandes sistemas sociais – refiro-me aos piramidais – uma parte relativamente pequena da população estará no topo. De outra forma, exige-se, no mínimo muita engenhosidade política para criar as condições de uma representatividade mais ampla. Com um pequeno grupo no ápice, os que lá estão se tornam muito mais importantes uns para os outros. No entanto, simultaneamente, a lógica dessa situação é a de que estes se distanciem muito dos que são comandados. A distância social é uma das condições para o uso maciço do sistema penal⁸¹.”

Outro diagnóstico preciso traçado por Nils Christie⁸² é a conclusão de que os sistemas penais apontam o tipo de sociedade, que qualquer alteração no sistema penal está correlacionada com a transformação da própria sociedade, e para que se possa compreender a dinâmica social de um país, é necessário entender o que acontece ao seu redor, principalmente no que tange à política criminal empregada pelo Estado.

Portanto, na visão dos abolicionistas, a tutela penal, principalmente em relação à pena privativa de liberdade, é simbólica. Apesar do diagnóstico preciso realizado por essa Escola

⁸⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernauld. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 36-37.

⁸¹ *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 90.

⁸² *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 104.

contemporânea do estudo das ciências criminais, discordamos da solução apresentada, mas concordamos com Guilherme de Souza Nucci ao afirmar:

“Nunca a humanidade poderá, neste plano de evolução em que hoje nos encontramos, estancar conflitos de todos os matizes, mas os Poderes de Estado precisam agir, na parte conhecida da imensa cifra negra de ilícitos ocorridos, justamente para assegurar o cumprimento da lei⁸³.”

Outrossim, o próprio Nils Christie⁸⁴ aponta que a abolição de todas as sanções penais esbarra em graves problemas, com os quais concordamos: o primeiro diz respeito à impossibilidade de obrigar a vítima a compor com o agressor. É impossível dentro de um Estado Democrático de Direito obrigar a vítima a aderir à justiça restaurativa (o próprio pressuposto da justiça restaurativa é a concordância da vítima com a sua incidência); outro problema apontado é o de que esse processo de reconciliação, uma vez iniciado, poderá se deteriorar, principalmente pelo sentimento de vingança do ofendido, que pode exigir contraprestações exageradas do ofensor, tornando ineficaz todo o trabalho na tentativa de obter uma solução justa; por fim, aponta a dificuldade de estabelecer a justiça restaurativa nos crimes vagos, ou seja, aqueles cujos sujeitos passivos são entes destituídos de personalidade jurídica, como a coletividade, pela dificuldade de determinar o dano a ser reparado e a legitimidade negocial dentro da justiça restaurativa.

Assim, afastando a concepção abolicionista, e ainda admitindo a necessidade da imposição de penas corpóreas na sociedade contemporânea, o direito penal e o processo penal têm a função de garantir ao cidadão que serão respeitados todos os seus direitos previstos na Constituição, uma vez que não serve a nenhum propósito, por exemplo, garantir-lhe o direito a uma ampla defesa com todos os meios e recursos inerentes a ela (art. 5º, LV, da Constituição Federal) se foi punido com uma sanção criminal sem poder se defender dos atos dos quais é acusado; se não foi nem sequer convocado para responder à acusação; ou, finalmente, se foi condenado por um ato diferente daquele mencionado na acusação.

Na realidade, é importante entender que os termos “simbólico”, “simbolismo” e congêneres são inegavelmente utilizados nas mais diversas áreas da produção cultural do homem, muitas vezes sem necessidade de definição prévia, pois são expressões de significado bastante óbvio, ou seja, unívoco, universalmente compartilhado, apesar de existirem algumas opiniões divergentes.

Eis as considerações de Claus Roxin:

⁸³ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 648.

⁸⁴ *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 124-127.

“Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Esse termo é usado para caracterizar dispositivos penais “que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir a manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas⁸⁵”.

É natural, portanto, que entre as principais necessidades e aspirações da sociedade humana a segurança jurídica seja uma das mais importantes, pois é bem conhecido que a convivência dos homens entre si sempre gera conflitos. Esses conflitos, como a própria história tem mostrado, devem ser equacionados e resolvidos, com o objetivo principal de resolver os conflitos existentes na sociedade, a fim de proporcionar segurança e proteção aos indivíduos, restaurar a ordem e manter o equilíbrio social.

Diante disso, não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada que não precise de segurança para alcançar seus objetivos e sobreviver, pois é verdade que uma sociedade sem leis, sem normas, não tem segurança e corre grandes riscos. Entretanto, alguns, devido ao reconhecimento quase unânime dessa necessidade, começaram a considerar a segurança um dos objetivos fundamentais da ordem social, relegando outros valores tão importantes quanto ou mais importantes para segundo plano.

3.2 Consequências do direito penal simbólico

De fato, o direito penal simbólico não cumpre sua função porque, embora se baseie no desejo de segurança pública, cria enorme incerteza jurídica, seja por causa de mudanças legislativas excessivas (como acerca do ato de dirigir embriagado e do assassinato cometido por um motorista embriagado), seja por falta de reflexão sobre o significado da nova legislação (como aconteceu quando a posse ou o porte de arma de fogo se tornou um crime hediondo).

Na busca da satisfação popular, é improvável que a legislação secundária do direito penal simbólico tenha alguma semelhança de ressocialização. Nessas situações, a única alternativa para solucionar problemas sociais é a função da retribuição.

Além disso, outro efeito do direito penal simbólico que contradiz suas intenções é o aumento da desconfiança entre a população. Muitas contas simbólicas são inconstitucionais. As

⁸⁵ *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

poucas que foram adotadas na legislatura enfrentam inúmeras restrições em sua aplicação, como no caso de um regime completamente fechado aos crimes hediondos e similares. Como resultado, a população começava a acreditar que a legislação não estava realmente sendo aplicada no Brasil. Uma bola de neve estava sendo criada: leis porque eram desnecessárias ou inconstitucionais não eram aplicadas; as pessoas pensavam que a lei não era aplicada; aparentemente, uma solução mágica, mais leis desnecessárias, desproporcionais e inconstitucionais.

Leis desnecessárias e severas com penas desproporcionais são um dos resultados do direito penal simbólico, que reflete uma expressão controvertida: se o direito penal tivesse sido aplicado somente quando realmente necessário, sua forma simbólica (ineficaz e com um desejo predominante de satisfazer a população) não teria sido tecnicamente o direito penal. Portanto, não é uma interferência legítima do Estado.

Além disso, o direito penal simbólico é utilizado como ferramenta de regimes autoritários. Neste sentido, o caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou procedente a reclamação da Comissão declarando ter havido violação de direitos humanos por parte da Costa Rica ao condenar o jornalista Mauricio Herrera Ulloa por crime de expressão. Como apontam Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann:

“O caso se relaciona com a denúncia do CIDH, por meio da qual alega ter o senhor Mauricio Herrera Ulloa sido vítima de violação de direitos humanos à liberdade de expressão em razão de sentença penal condenatória que recebeu por ter publicado no jornal *La Nación*, em 1995, diversos artigos que reproduziam parcialmente informações de alguns jornais europeus referentes a atividades ilícitas praticadas pelo diplomata Félix Przedborski, representante da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica na Áustria. Herrera Ulloa foi condenado, então, em 1999, por crime contra a honra daquele diplomata, tendo o seu nome sido inscrito no registro judicial de delinquentes. Na referida sentença condenatória, aplicou-se ao réu uma pena de multa assim como se ordenou que publicasse um trecho da decisão no jornal *La Nación*, obrigando ainda, tanto o senhor Herrera Ulloa quando o citado jornal a pagarem uma indenização pelos danos morais e materiais causados à vítima. Constatou também daquela sentença a obrigação de o jornal retirar qualquer informação sobre o caso em sua página na internet. Em 2001, o representante do jornal *La Nación* foi intimado a dar cumprimento às obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de incorrer no crime de desobediência à autoridade judicial. Os fatos deste caso alteraram a vida profissional, pessoal e familiar de Herrera Ulloa, assim como produziram um efeito inibidor no exercício da liberdade de expressão por meio da sua profissão⁸⁶.”

⁸⁶ *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 125-126.

A leitura do caso demonstra o uso tanto do direito penal como do processo penal como meio de perseguição política, com o fim de atender aos anseios dos detentores do poder político. Para enfatizar esse aspecto do caso, e reforçar a necessidade de considerar o processo penal como uma garantia do cidadão em um Estado Democrático de Direito, o juiz da Corte García Ramirez, em seu voto, utilizou a expressão “governar com o Código Penal na mão”:

“Neste ponto da análise, deve-se lembrar que, em geral – e exceto atrasos históricos e tentações autoritárias, que não são poucos nem encontrados em recesso – prevalece a corrente favorável ao chamado direito penal “mínimo”, ou seja, ao uso moderado, restritivo, marginal do aparato punitivo, reservado precisamente para aqueles casos em que é impossível ou totalmente inadequado optar por soluções menos opressivas. O aparato penal constitui a ferramenta mais severa que o Estado tem – sociedade, melhor ainda – na implantação de seu monopólio de força, para enfrentar comportamentos que ameaçam seriamente – muito seriamente – contra a vida da comunidade e os direitos essenciais de seus membros. Em um ‘ambiente político autoritário’, o expediente punitivo é frequentemente utilizado: este não é o último recurso, mas um dos primeiros, de acordo com a tendência de “reger com o Código Penal nas mãos”, tendência que assim se instala tanto no autoritarismo, confessado ou encoberto, quanto no desconhecimento, que não encontra melhor forma de atender à legítima demanda social por segurança. Em “ambiente democrático” ocorre o contrário: a qualificação criminosa das condutas e a aplicação das penas constituem o último recurso, uma vez que as restantes se tenham esgotado ou se revelado ineficazes para punir os danos mais graves aos bens jurídicos superiores. É então, e só então, que se admite o recurso ao recurso penal: porque é indispensável e inevitável. E mesmo nesta circunstância, a classificação deve ser cuidadosa e rigorosa, e a punição deve ser racional, ajustada à hierarquia do bem protegido, ao dano causado a ele ou ao perigo em que se encontra e à culpa do agente, e escolhidos entre várias opções úteis que se encontram ao dispor do legislador e do juiz, nos seus respectivos momentos. É claro que deve ser feita uma distinção entre a “verdadeira necessidade” de utilizar o sistema penal, que deve ter um suporte objetivo claro, e a “falsa necessidade” de fazê-lo, apenas como consequência da ineficácia da autoridade, que tem como objetivo ‘corrigir’ com a fuga do aparato repressivo⁸⁷.”

A seguir, serão apontados alguns exemplos de disposições normativas no ordenamento jurídico brasileiro eminentemente simbólicos e suas consequências.

O primeiro exemplo a merecer destaque é a Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Com o sentido manifesto de punir com maior severidade os crimes tidos como mais graves pelo ordenamento jurídico, o legislador acabou inserindo normas penais não incriminadoras mais gravosas inconstitucionais, numa clara tentativa de tentar demonstrar para a população que o Estado estava atuando no combate a esses delitos, mas, na realidade, não

⁸⁷ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos/seriec_107_esp. Acesso em: 26 set. 2021, p. 102. Tradução livre.

atingiu seus objetivos, já que o índice criminal só vem aumentando com o passar do tempo. O artigo 2º, § 1º, desta Lei determinou de maneira geral e abstrata que em caso de condenação por crime hediondo o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, independentemente do tempo em que a pena for fixada.

Esse dispositivo viola frontalmente o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, ao impor o regime inicial fechado, impossibilitando o magistrado de fazer uma graduação da gravidade da conduta. Certamente, quem comete o crime de tráfico de drogas em pequena quantidade não pode ter o mesmo tratamento de quem pratica um latrocínio, apesar de ambas receberem o tratamento de condutas hediondas.

O Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, declarou o dispositivo inconstitucional por violação do princípio da individualização da pena (HC 111.840/ES, rel. Dias Toffoli, Pleno, 27-06-2012) e, posteriormente, editou a Súmula Vinculante n. 26, obrigando os órgãos do Poder Judiciário ao fixarem a pena observarem a inconstitucionalidade do dispositivo.

Outro exemplo de legislação que possui comandos eminentemente simbólicos é a Lei n. 11.434/2006 (Lei Antidrogas). Seu artigo 33, § 4º, veda expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, violando igualmente o princípio da individualização da pena. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal no HC 97.256/RS declarou o dispositivo inconstitucional e o Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012 suspendeu a eficácia do dispositivo legal.

Ainda no âmbito da Lei Antidrogas, merece destaque o preceito secundário do crime de tráfico de drogas que prevê uma pena de 500 a 1.500 dias-multa. A flagrante desproporcionalidade da pena de multa, que supostamente visava confiscar os produtos obtidos com a prática de tráfico de entorpecentes, na prática demonstrou ser mais uma legislação simbólica:

“Quanto à pena pecuniária, parece-nos valores razoáveis para quem, efetivamente, é comerciante de drogas, mas não para o fornecedor de substância entorpecente casual, sem intuito de lucro. Neste último caso, a multa é excessiva, atingindo o valor mínimo o montante de R\$ 7.750,00. Mas, ao que parece, desconhecendo a realidade nacional, o legislador estabeleceu, em outros tipos penais, multas mínimas ainda mais elevadas. Se buscasse saber como andam as execuções de penas pecuniárias, decorrentes de condenações criminais, verificaria que, em grande parte, não são cobradas, em face da pobreza evidente da maioria dos sentenciados. Portanto, de nada adianta estabelecer quantias dessa magnitude para a multa. Será mais um fator de impunidade, pois não serão elas devidamente pagas, nem o Estado conseguirá extrair o seu valor por meio de execução. Pensamos que melhor seria agir dentro da realidade, fixando penas de multa harmônicas à realidade do brasileiro. Por outro lado, preocupa-nos o seguinte aspecto: se o condenado

é traficante, agindo com intuito de lucro, provavelmente, amealhou patrimônio de maneira ilícita. O produto do crime deve ser confiscado pelo Estado, como regra (art. 91, II, b, CP). Ora, com que dinheiro vai pagar de R\$ 8.500,00 a R\$ 25.500,00 de multa (imaginando-se a fixação do dia-multa no mínimo legal)? O que ocorre, geralmente, é o traficante, quando efetivamente vive do comércio de drogas, não ter profissão ou atividade lícita para sustentá-lo, motivo pelo qual toda a sua renda advém do crime. O estabelecimento de multas elevadas para essa espécie de delito pode gerar a conclusão de que o Estado pretende ver paga a pena pecuniária com o montante amealhado pela própria prática da infração penal, o que se afigura ilógico. Se o condenado por tráfico é pessoa que, eventualmente, lida com drogas, os valores, ainda assim, são muito elevados, fugindo, completamente, ao padrão estabelecido pelo Código Penal, onde a pena mínima é de R\$ 170,00 (e mesmo assim não é paga, em grande número de casos, em face da miserabilidade do condenado)⁸⁸.”

Outro exemplo relevante é o da Lei n. 9.677/1998 que aumentou desproporcionalmente as penas relacionadas aos crimes cometidos contra a saúde pública (reclusão de 4 a 8 anos), e a Lei n. 9.695/1998, que classificou como hediondo o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, § 1º, § 1º-A e § 1º-B). Não se nega que o bem jurídico que o tipo pretende tutelar é de extrema grandeza, mas estabelecer como hediondo e fixar uma pena mínima de 4 anos para uma conduta que adultere produtos para fins de consumo, reduzindo seu valor nutricional, ou pior, estabelecer uma pena mínima de 10 anos para quem vende produtos sanitários sem procedência (que é uma realidade no Brasil, pessoas que vivem na informalidade comercializando produtos de limpeza sem procedência), fere o princípio da lesividade e da proporcionalidade.

Sobre o tema, Miguel Reale Junior observa que a origem desse tipo penal simbólico advém de uma comoção social gerada pela mídia, quando veiculou notícias sobre a venda de remédios falsificados:

“Só se pode compreender tais exageros pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de casos de “falsificação de remédios”, questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo. Este fenômeno, não ocorrente apenas entre nós, é examinado por Michele Correra *et al.*, segundo os quais pretende-se assim trocar a ilusão de segurança por votos. Também Alessandro Baratta e Sergio Moccia analisam fenômeno parecido na Itália, onde por igual se legisla casuisticamente, ao sabor dos fatos, de forma panfletária, tal como tem continuamente sucedido no Brasil, em especial na elaboração desta Lei 9.677 e da Lei 9.695, de 20.08.1998, não por acaso a única lei votada pelo Congresso durante o tempo de recesso “branco” na fase pré-eleitoral. A afronta aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade brotam *ictu oculi*, seja no que tange à ausência de relevância penal das novas condutas descritas, seja na desproporção das penas infligidas

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 378.

em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da conduta incriminada. Esse fenômeno não é exclusivo do Brasil. Aponta Sergio Romero Malanda (página 05) que o Código Penal espanhol previu tipos penais ligados à manipulação genética em que o autor destaca os artigos 159 e 160, sendo que o primeiro prevê uma pena de 02 a 06 anos para quem promover manipulação da genética humana e o segundo prevê uma pena de 06 a 10 anos para quem clonar seres humanos ou fazer manipulação genética para melhoramento de raça. Mais uma vez, estamos diante de um tipo penal que não tutela um bem jurídico específico, mas sim um valor no caso religioso (catolicismo)⁸⁹.”

Das legislações acima descritas, conclui-se que o direito penal simbólico, no qual prevalece o efeito simbólico em detrimento do instrumental, produz diversas violações aos direitos e garantias do indivíduo, como a criação de tipos penais vagos, cuja abrangência não possui limites, a desproporção na fixação da pena pelo preceito secundário do tipo, a criação de normas penais não incriminadoras que restringem demasiadamente as garantias do cidadão e a criação de tipos penais de perigo abstrato ou presumido, em que para sua configuração não é necessário dano ou perigo de dano a um bem jurídico.

3.3 A correlação entre a teoria da legislação simbólica e a tutela penal

O objetivo desta pesquisa não é fazer um estudo sociológico do poder punitivo estatal, mas trazer o estudo do direito penal simbólico, demonstrando seu perfeito encaixe com a noção da política criminal mais crítica, acoplada a um direito penal redutor, pautado na teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli.

Sobre o tema, o psicólogo Carl G. Jung explica que uma expressão linguística é simbólica quando esta tem um significado além de seu sentido manifesto, atingindo um inconsciente mais amplo. Assim, quando a mente humana explora o símbolo, é conduzido a ideias fora do seu controle racional:

“A imagem de uma roda pode levar nossos pensamentos ao conceito de um Sol ‘divino’, mas, neste ponto, nossa razão vai confessar a sua incompetência: o homem é incapaz de descrever um ser “divino”. Quando, com toda a nossa limitação intelectual, chamamos alguma coisa de “divina”, estamos dando-lhe apenas um nome, que poderá estar baseado em uma crença, mas nunca em uma evidência concreta⁹⁰.”

⁸⁹ A inconstitucionalidade da lei dos remédios. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 763, p. 415-431, maio 1999, p. 422.

⁹⁰ JUNG, Carl G.; HENDERSON, Joseph L.; VON FRANZ, M.-L.; JAFFÉ, Aniela; JACOBI, Jolande; FREEMAN, John. *O homem e seus símbolos*. HarperCollins Brasil, 2016 (Kindle), p. 19.

Marcelo Neves⁹¹, em seu estudo sobre o caráter simbólico das políticas públicas, conceitua o símbolo como a dimensão em que o discurso conotativo é mais forte que o discurso denotativo, ou seja, o sentido manifesto é menos relevante do que o sentido latente. Logo, a força do discurso trazido pela norma é mais forte que sua eficácia social. Em outras palavras, a promessa feita pelo Estado legislador sobre a contenção da violência do crime não vale porque será efetivada, mas principalmente pela promessa em si.

Como já abordado nesta pesquisa, o direito possui alguma função simbólica, o que é natural dentro da organização social. O grande problema ocorre na hiperbolização dessa função, em que predomina a função simbólica em detrimento da função instrumental. Segundo Winfried Hassemer:

“‘Simbólico’ no sentido crítico é, portanto, uma lei penal em que as funções latentes predominam sobre o manifesto: do qual pode esperar-se que realize através da norma e sua aplicação outros objetivos além daqueles descritos na norma. Com ele se entende – como já expressa a determinação do conceito – por “funções manifestas” – claramente as condições objetivas de realização da norma, as que a própria norma atinge em sua formulação: uma regulação do conjunto global de casos singulares que se enquadram no âmbito de aplicação da norma, ou seja, a proteção do bem jurídico previsto na norma. As ‘funções latentes’, por outro lado, são múltiplas, se sobrepõe parcialmente umas nas outras e são amplamente descritas na literatura: desde a satisfação de uma “necessidade de agir” ao apaziguamento da população, até a demonstração de um Estado forte. A previsibilidade da aplicação da norma se mede na quantidade e qualidade das condições objetivas, que estão disponíveis para a realização objetivo instrumental da norma. Uma predominância de funções latentes fundamenta o que aqui denomino “engano” ou “aparência”: os fins descritos no regulamento da norma são – comparativamente – distintos aos que se era realmente esperado; não se pode confiar na norma tal e como é apresentada. Finalmente, nesta concretização do “simbólico”, não se trata apenas do processo da aplicação das normas, mas frequentemente já da formulação e publicação da norma: em alguns padrões (como § 220a StGB) quase nenhuma aplicação é esperada⁹².”

Definido o conceito de simbólico, percebe-se que praticamente todas as normas jurídicas são dotadas de um aporte simbólico, possuindo uma natureza político-simbólica que convive com as funções de natureza normativo-jurídica, as quais visam pacificar a sociedade e solucionar as lides.

⁹¹ *A Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 27.

⁹² *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. Santiago: Conosur, 1995, p. 30. Tradução livre.

O problema nasce quando há uma hipertrofia da função político-simbólica em detrimento da força normativo-jurídica do diploma legal, pois não é possível, em uma democracia, legitimar o poder punitivo que se diz pautado na eficácia normativo-jurídica, mas de fato é simbólico-político, ou seja, em um discurso que engana o destinatário, o povo, prometendo algo que não será cumprido, pois se basta na manipulação da promessa.

Nesse sentido, ao diferenciar a legislação simbólica dos mitos e dos rituais políticos, conclui-se que o mito é uma informação constantemente propalada, no entanto, quando se verifica a fonte da informação, vê-se que era inverídica. O mito tem como principal escopo alimentar o imaginário popular. A legislação simbólica necessita do mito para que o seu sentido latente prevaleça, conforme escreve Rodrigo Fuziger:

“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 sociedade, que é simpática a construções idealizadas, representadas, por exemplo, na figura do líder salvador, ou de promessas como a da construção de um “Eldorado”, no sentido de uma sociedade utopicamente perfeita, com fartura e sem contradições⁹³.”

A dicotomia do discurso legitimador para a eficácia real da sanção penal já poderia ser percebida na proposta de Eugenio Raul Zaffaroni, ao desprezar a eficiência de todas as teorias legitimadoras da pena, argumentando que tal discurso é uma narrativa dissociada da realidade – político-simbólica, poderíamos classificar. A pena real seria a opressão das classes dominantes sobre os vulneráveis, a sua função imediata oscilaria no tempo e no espaço; é desnecessário tal esclarecimento para concluir por sua ilegitimidade, razão pela qual se renuncia à investigação, dando sentido à classificação como teoria agnóstica da pena. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista:

“Sem dúvida, é assombroso descobrir a existência de numerosos atos de poder que não correspondem ao modelo reparador nem de coerção direta, mas sim privam direitos ou provocam dor, e quase nunca são considerados penas. Convém observar que o poder em matéria que com razão lhe é mais cara que outras, não só gera saber como também, com maior zelo, condiciona o sujeito cognoscente, mediante um adestramento jurídico dirigido para a interiorização de discursos teóricos que ocultam o caráter de pena da maioria delas, as quais conseguem assim, por omissão condicionada dos operadores jurídicos, legitimação para sua imposição fora de qualquer hipótese delituosa e por decisão alheia à jurisdição. Como já se viu, o próprio discurso jurídico-penal encarregou-se, junto aos elementos legitimantes e orientadores, de elaborar os elementos negativos, através dos quais emprega considerável parte de seus

⁹³ *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 49.

esforços para racionalizar um retrocesso de seu poder direto, em vista de ter escolhido exercê-lo como poder de discurso, convertendo suas agências de poder nas únicas no mundo contemporâneo – caracterizado pela concorrência – que se esforçam para racionalizar o limite de seu próprio exercício”⁹⁴.

Além da evidente dicotomia entre as prometidas finalidades normativo- jurídicas da pena e a realidade político-simbólica, temos ainda a necessária falácia de um direito penal igualitário: o discurso jurídico-normativo é de uma aplicação universal das leis penais, que seriam mandados de ação estatal com alcance sobre todos os potenciais autores de ilícito. A realidade, no entanto, é de estrutural seletividade do direito penal: a cifra oculta não é uma conjectura, mas uma característica essencial ao sistema persecutório penal, que jamais conseguirá, em uma sociedade industrial ou pós-industrial marcada pela desigualdade e normatividade, dar vazão à imensa demanda por punição, contentando-se necessariamente com uma pequena fração dos injustos cometidos.

O discurso legitimador do fim da impunidade é uma fantasia, pois a impunidade é necessariamente a regra: se todos aqueles que praticaram furto no mês de abril de determinado ano confessassem seus crimes, o sistema persecutório iria ao colapso, e o mesmo aconteceria com a sonegação fiscal e uma imensa gama de crimes. A seletividade é inerente, e é discriminatória, elegendo seus alvos, que servirão como exemplos simbólicos da eficácia do sistema.

Entre aqueles que serão selecionados, Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista⁹⁵ dividem os alvos em três grupos: as pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais, tornando-se vulneráveis, gerando a criminalização conforme o estereótipo (é o grupo que sempre é atingido pelo poder punitivo, os economicamente hipossuficientes, moradores de zonas periféricas das regiões urbanas, descendentes de etnias historicamente reprimidas, como os afrodescendentes); as pessoas que a princípio não são vulneráveis, mas atuaram com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis, gerando a criminalização por comportamento grotesco ou trágico; e alguém praticamente invulnerável ao poder punitivo, que perdeu a batalha em uma luta de poder hegemônico e sofreu uma ruptura na vulnerabilidade, gerando a criminalização por falta de cobertura.

Ao relacionar a teoria da legislação simbólica com as espécies de criminalização mencionadas, percebe-se um perfeito encaixe nas teorias, mesmo que ambas estejam em áreas

⁹⁴ *Direito penal brasileiro*. Teoria do delito: introdução histórica e metodologia, ação e tipicidade v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 100.

⁹⁵ *Direito penal brasileiro*. Teoria do delito: introdução histórica e metodologia, ação e tipicidade v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47.

diferentes do estudo jurídico (uma está ligada ao direito constitucional e a outra, ao direito penal e à criminologia).

A teoria da tipologia de legislações simbólicas coloca três fórmulas que identificam o caráter simbólico da legislação: fórmula de compromisso dilatatório; confirmação de valores sociais de um grupo em detrimento de outro; e a legislação-álibi.

A primeira, fórmula do compromisso dilatatório, diz que em uma sociedade de conflito, abandonando a ideia de pacificação social, que não passa de uma falácia, a legislação penal surge em circunstâncias políticas próprias, nas quais há a aprovação de um projeto de lei endurecendo a tutela penal que sabidamente não resolveria o conflito, protelando assim a resolução do problema.

Esse é o caso das leis de abuso de autoridade, que buscam frear especialmente a ação de agentes do sistema persecutório, olvidando que quem investiga é um agente do sistema persecutório, quem acusa também, e mesmo quem julga costuma se reconhecer como integrante de um sistema de segurança. Ainda que teoricamente a lei tenha efeito orientador para as autoridades, o espírito corporativo – autopreservação dos agentes – tende a provocar a absoluta inaplicabilidade da legislação, que serve apenas para dar uma satisfação simbólica à sociedade.

No segundo critério, em que há a confirmação de valores sociais de um grupo, Marcelo Neves⁹⁶ esclarece a função de dominação da legislação simbólica, em que um grupo dominante se sobrepõe a uma massa de dominados. A reflexão aqui perpassa pela centralidade dos crimes contra o patrimônio em nossa legislação penal. A mais alta sanção não recai em um crime contra a vida ou contra a humanidade, mas em um crime contra o patrimônio, que é a extorsão mediante sequestro.

A pena do furto qualificado de veículo automotor, por se tratar de objeto material, é maior do que a pena do crime de tortura, e supera o crime de submissão à condição análoga de escravo. Prevalece o interesse da classe dominante, que não se sente temerosa sobre sua vida ou dignidade, mas manipula a proporcionalidade das penas para justificar suposta especial tutela sobre o patrimônio.

No terceiro critério, a legislação-álibi ocorre quando o Estado age para acalmar comoções sociais, demonstrando sua capacidade de agir em especiais conflitos sociais. Como exemplo, a lei que tornou hediondo o homicídio qualificado. Nesse caso notório, havia uma comoção social gerada pela morte da atriz Daniella Ferrante Perez Gazolla. A resposta foi a criação da Lei n. 8.930/1994.

⁹⁶ A Constituição simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 27, p. 34-35.

Mesmo tornando hediondo o homicídio qualificado, isso não diminuiu a sua incidência, pelo contrário, o número de homicídios qualificados no Brasil tem aumentado exponencialmente, segundo dados oficiais, sabidamente subestimados. Partindo das premissas deslegitimadoras da pena, como a teoria agnóstica de Eugenio Raúl Zaffaroni, toda a legislação penal poderia ser classificada como simbólica, ou predominantemente simbólica.

Outro exemplo de legislação-álibi é o combate dos crimes do colarinho branco no Brasil. O caso “Operação Lava Jato” mostra perfeitamente as seguidas violações de direitos fundamentais dos investigados, por meio da banalização da prisão processual, a violação da presunção de inocência mediante a antecipação dos efeitos da condenação com a decisão em segundo grau, mesmo sem trânsito em julgado, e o exagero no *trail by media*, com o uso exacerbado dos meios de comunicação social para atender aos fins da acusação, gerando um desequilíbrio entre o polo acusador e a reação defensiva à imputação. Assim, muito mais forte foi o aspecto conotativo da “Operação Lava Jato”, que não conseguiu eliminar os crimes do colarinho branco e, para demonstrar efetividade, promoveu as violações elencadas.

Além disso, não podemos afirmar que a “Operação Lava Jato” rompeu o caráter seletivo da tutela penal. Houve um verdadeiro choque de poder hegemônico entre a classe política que governou o país e os novos agentes políticos, além de integrantes do próprio Poder Judiciário, conforme observa Matheus Felipe de Castro:

“Como se percebe sem grandes esforços retóricos, a ‘Operação Lava Jato’ operacionaliza uma realidade absolutamente comum no sistema penal subterrâneo, que ascende agora a um caso concreto regulado pelo Direito e pelo Processo Penal, constituindo-se num poderoso instrumento de definição do inimigo (seletividade e criminalização secundária) e de combate a ele, operacionalização esta que é conhecida pelo Direito Internacional como tática de *lawfare*, ou utilização do Direito como arma de guerra para exterminar um inimigo. Na nossa perspectiva, a “Operação Lava Jato”, ao utilizar esses instrumentais, evidencia aquela tensão pela qual o real escapa em meio a uma lacuna”⁹⁷.

É evidente que essa constatação em nenhum momento legitima eventuais malfeitos praticados por aqueles que saquearam os cofres públicos, mas não há sentido jurídico em burlar a lei para sancionar aqueles que burlaram a lei, mas resta preservada a função simbólica. Não pode o Estado que funda suas raízes epistemológicas na ética e no respeito aos direitos e às

⁹⁷ O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 293-319, out. 2017, p. 307.

garantias do cidadão deturpar a ordem e, em nome de um país melhor, simplesmente ignorar esse pressuposto e eleger alguns para “servir de exemplo” para legitimar a tutela penal.

Assim, a tutela penal nada mais é do que uma figura retórica do discurso de poder em que há verdadeira sobreposição do sistema político em detrimento do sistema jurídico. As finalidades prometidas pela norma, como a ressocialização do criminoso, a prevenção geral negativa e a positiva, não passam de discursos que visam legitimar um sistema ineficaz, seletivo e muitas vezes desumano, transformando o indivíduo num mero brinquedo dos interesses estatais.

Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán⁹⁸ avaliam que a teoria do *labeling approach* trouxe à tona uma realidade escondida, a seletividade praticada pelos órgãos de persecução penal, tanto na fase investigativa como na cognitiva e na execução da pena, mostrando que o direito penal não protege todos igualmente. Nas palavras dos autores: “Nem o direito penal é o mesmo para todos, nem o *status* criminal se aplica igualmente a todos os assuntos”⁹⁹.

Os próprios estudos empíricos demonstram que a engrenagem do sistema penal (incluindo o legislador quando elabora tipos penais incriminadores, a polícia quando realiza investigação, o Ministério Público quando atua na condição de *dominus litis* e o Poder Judiciário, tanto na fase cognitiva como o próprio juiz que atua na execução penal) tem seu alvo preferido: o economicamente hipossuficiente e os socialmente estigmatizados (como os afrodescendentes). Segundo os autores, isso evidencia o valor simplesmente simbólico de algumas normas penais, conforme sublinha Winfried Hassemer:

“Por isso, algo aparentemente tão neutro e asséptico como a Estatística Criminal, nas suas diferentes vertentes da Estatística Policial, Judicial e Penitenciária, surge assim como algo mais do que um simples indicador matemático do volume da criminalidade, pois, ao mesmo tempo, é também um índice das diferenças entre “crime real” e “crime oficialmente registrado” e, portanto, uma prova da ineficácia do direito penal ou do valor simplesmente simbólico de algumas normas criminais”¹⁰⁰.

O crescimento de tipos penais preponderantemente simbólicos, segundo Juarez Tavares, ocorreu com a falência do Estado Social e a implementação do neoliberalismo. Com a crise econômica vivida pelos Estados, houve um descomprometimento com a promoção de políticas sociais. Consequentemente: “A política estatal, assim, em vez de se orientar sobre objetivos empíricos, que, em certa medida, existiam no populismo, passa a ser coordenada,

⁹⁸ *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 194-195.

⁹⁹ *Derecho penal – parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 195. Tradução livre.

¹⁰⁰ *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. Santiago: Conosur, 1995, p. 25-26.

quase que estritamente, em função de elementos simbólicos”¹⁰¹. Essa falência estatal de não conseguir conter a criminalidade, somada à diminuição de gastos, leva o Estado a usar meios que contenham uma eficácia social sem que na prática produzam algum resultado.

Nesse contexto, surgiu o funcionalismo radical de Günther Jakobs e as teorias normativo-sistêmicas de Otto Clemens, que passam a analisar como legítima a criação de tipos penais simbólicos, o que se alastrou para o mundo devido à globalização. Nos tipos penais omissivos, argumenta o autor, os efeitos passam a ser puramente simbólicos:

“Se, em seus momentos iniciais, a vinculação dos delitos omissivos à perspectiva do conceito de ação fê-lo padecer das mesmas consequências de crise dos respectivos modelos daquele conceito, agora, com a simbolização da fidelidade nos conglomerados e sua extensão aos comportamentos individuais, essa crise teórica ainda mais se acentua como subordinação ao político e ao ideológico, correspondentemente, às crises do Estado social e da globalização. Ao desumanizar-se o sentido da ordem jurídica, pela eliminação do sujeito de suas relações, mais ainda se intensifica a insubsistência de todos os modelos teóricos dos delitos omissivos, sob a égide dos deveres de organização”¹⁰².

Como escreve Alessandro Baratta¹⁰³, a falha na fundamentação instrumental da pena (prevenção geral negativa, ressocialização e o neorretributivismo) nos Estados Unidos fez com que o sistema penal estadunidense passasse a ter funções simbólicas. O autor esclarece que a função especial positiva empiricamente já demonstra a sua inutilidade, já que o sistema penal acaba sendo mais dessocializante do que ressocializante (no Brasil, basta verificar os altos índices de reincidência)¹⁰⁴.

Já a prevenção geral negativa não tem fundamentação empírica, pois não há provas de que as pessoas deixem de praticar os delitos pela existência de um tipo penal incriminador. Não é possível demonstrar o seu real poder de intimidação¹⁰⁵, isto porque esbarra em problemas de natureza empírica.

O primeiro deles é a constatação de que o destinatário da norma, no caso a população, tem plena consciência não só de quais são as condutas proibidas, como também das

¹⁰¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 41.

¹⁰² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 42.

¹⁰³ *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 21.

¹⁰⁴ Sobre o tema, em 2015 foi feito um relatório pelo CNJ em parceria com o IPEA. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Reincidência Criminal no Brasil – Relatório de Pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais*, v. 2, p. 143-158, jan.-jun. 2004. *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*, v. 1, jan.-dez. 2015, p. 149.

consequências na hipótese de violação da norma, o que na prática não ocorre, já que o cidadão comum tem uma vaga noção do ordenamento jurídico penal¹⁰⁶.

Outros problemas apontados por Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁷ são a capacidade de motivação da norma e a idoneidade dos meios preventivos. O raciocínio utilitarista da prevenção geral negativa (relação de vantagem obtida com a prática do delito e o mal causado pela pena), pode apresentar-se não só ineficaz, como também criar um sistema extremamente punitivista, pois para que esse raciocínio tenha aplicabilidade, a pena deve ser rígida o suficiente para causar temor naquele que cogita violar a norma.

Já a prevenção especial negativa, que visa neutralizar o agente, por vezes mostra-se desumana, transformando o sujeito em um objeto dos fundamentos da pena. Outra questão não explicada pelas funções instrumentais da pena foi a inegável seletividade da tutela penal, que atinge em sua grande maioria os economicamente hipossuficientes. Neste sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

“Com efeito: “punição” é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações”¹⁰⁸.

Essa crise axiológica, pela qual verificou-se que a pena não atingia os fins que deveriam fundamentá-la, fez surgir nos Estados Unidos um neorretribucionismo, passando a uma legitimação simbólica da função punitiva. Para reforçar essa ideia, Alessandro Baratta enfatiza:

“Contudo, a coexistência com o neorretribucionismo não se constitui em um símbolo de força, ao contrário, constitui-se num símbolo de fragilidade e até de crise potencial da concepção instrumental do direito penal nos EUA. Na realidade, as teorias das penas justas representam, dentro do pensamento neoclássico, o “núcleo forte” que tende a projetá-lo para além dessa concepção, direcionando-o a uma visão simbólica na qual o controle do delito, a proteção de bens jurídicos e a defesa social não são a finalidade principal da pena. É provável que estamos hoje assistindo nos Estados Unidos à última ilusão do utilitarismo penal destinada também a desaparecer com o “acaso” da prevenção, ou mais precisamente, com sua concepção instrumental”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Coord. e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 88-91.

¹⁰⁷ *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 162.

¹⁰⁸ *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 68.

¹⁰⁹ *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 20-21.

Com essa transformação, o sistema penal, na intenção de alcançar os grupos sociais indesejáveis para o poder constituído, criou uma fórmula para atingi-los, através da legitimação simbólica da tutela penal, atribuindo a função de prevenção geral positiva. Nessa linha, a norma passa a ser direcionada a pessoas cumpridoras de seus deveres, “cidadãos de bem”, para que confiem no sistema de poder imposto. Na prática, porém, observa-se que o sistema não cumpre as promessas institucionais da pena, gerando mais violência. É o que registra Alvin Augustus de Sá:

“De fato, quem trabalha no âmbito da execução, quem contata com o preso e conhece melhor seu mundo, tanto o carcerário como seu mundo interior, constata na realidade crua e cruel “o que restou” das ações e decisões emanadas do Direito, qual está sendo o resultado. Levantando-se o véu da proteção dos bens jurídicos, da prevenção por intimidação e da ressocialização, todos os três apaziguadores das consciências, o que se observa é o que tivemos a oportunidade de ouvir da fala explícita de um preso num distrito policial: ‘Doutor, quando a gente sair pra rua, alguém vai ter que pagar pelo que a gente está passando aqui’. Ao que outros presos responderam em coro: ‘Pode crer, Doutor’. *O resultado da aplicação da pena está sendo a prática de novas violências, que vão gerar outras violências futuras, conforme declarado pelos presos, pelo que cai por terra qualquer pretensão de proteção dos bens jurídicos, de prevenção por intimidação ou de ressocialização, ao menos levando-se em conta, é claro, as condições em que aqueles presos estavam cumprindo suas penas, as quais não são muito diferentes, por certo, das dos demais distritos*”¹¹⁰ (grifos nossos).

Então, a tutela penal passa a ser um instrumento de resposta simbólica para a sociedade, integrando a política criminal estatal. O grande interesse dessa nova sistemática não é mais proteger o bem jurídico, mas atingir a opinião pública, conforme escreve Rodrigo Fuziger:

“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 simbólico 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”¹¹¹.

Esse movimento gera consequências nefastas para a dogmática penal. Primeiro, para atingir esse fim, os órgãos de persecução penal começam a relativizar direitos e garantias do investigado. Isso ocorre pois, como a lógica do sistema é dar uma resposta rápida à sociedade, ignorando-se garantias, criam meios mais invasivos para atingir o objetivo e elaboram teorias para flexibilizar garantias dos acusados – alguns autores defendem que, pelo princípio da proporcionalidade, a depender do caso concreto e da gravidade do delito, provas ilícitas

¹¹⁰ *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 49.

¹¹¹ *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 101.

poderiam ser usadas para embasar a condenação do réu (defendendo esse posicionamento, Júlio Fabbrini Mirabete¹¹²).

Outrossim, o legislador acaba enganando a sociedade, mascarando os reais problemas sociais tentando demonstrar transmitir a falsa impressão de eficiência estatal. Suas consequências são nefastas, pois não só mascaram a realidade social e sua terrível desigualdade, como também, nas palavras de Winfried Hassemer¹¹³: “O direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal”.

A solução para essa problemática gerada pelo caráter preponderantemente simbólico vivido atualmente pela dogmática penal, é apresentada por Luigi Ferrajoli¹¹⁴, ou seja, trata-se do respeito que os Estados devem ter pelos direitos fundamentais estabelecidos em seus ordenamentos jurídicos e pelos tratados internacionais de direitos humanos. O direito penal não deve ser objeto de controle social e de marginalização dos oprimidos. A verdadeira ferramenta adequada de transformação social é uma democracia redistributiva, dando ao direito penal, exclusivamente, a proteção subsidiária de bens jurídicos.

No mesmo diapasão, Claus Roxin¹¹⁵ define as normas penais preponderantemente simbólicas como aquelas que não possuem efeitos concretos para o bem jurídico, mas servem para a manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Seu objetivo é tranquilizar eleitores, promulgando leis previsivelmente ineficazes, iludindo as pessoas e transmitindo a ideia de que o Estado estaria funcionando no combate às condutas socialmente indesejadas.

O pensamento do funcionalismo teleológico não nega que toda norma penal incriminadora possui um caráter simbólico. O tipo penal que prevê pena para o homicídio primeiramente visa proteger o valor “vida”, e em um segundo momento, visa reforçar à sociedade o seu valor (proteção geral positiva). O que torna o tipo penal incriminador incompatível com as balizas do Estado Democrático de Direito é a preponderância do caráter simbólico sobre a função de proteção subsidiária de bens jurídicos.

¹¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 254.

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 230.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 344-345.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

Para exemplificar, Claus Roxin¹¹⁶ cita como tipo penal simbólico o § 130, III, do Código Penal Alemão, que prevê pena para aquele que perturba a paz pública com incitações que neguem as atrocidades praticadas pelo nacional-socialismo, tipo penal denominado “tipo da mentira de Auschwitz”. Segundo o autor, por mais reprovável que seja a conduta de negar a existência do holocausto ou do campo de concentração de Auschwitz, permanece o problema de cominar uma pena, pois a verdade dos fatos é historicamente comprovada e por todos conhecida.

Assim, a conduta não afetaria nenhum bem jurídico, já que na prática aqueles que tiverem acesso a essas afirmações odiosas não as levarão a sério, gerando um desprezo público. Seu autor seria encarado como idiota ou um fanático de má-fé. Acrescenta Claus Roxin¹¹⁷ que o fato em si, como já afirmado, é grave, porém, o direito penal exige a imprescindibilidade da proteção de bens jurídicos, e não a consolidação de valores sem que ao menos o bem jurídico seja tutelado. Nas palavras do autor, “A verdade histórica enquanto tal deve conseguir se impor, sem a ajuda do direito penal”.

Outrossim, Luís Greco¹¹⁸ acrescenta que os tipos penais não podem ser transformados em entidades intangíveis, sob pena de ampliar em demasiado a incidência da tutela penal. O legislador não pode criar normas penais que não tenham incidência no caso concreto, ou seja, sejam de alguma forma essenciais para a manutenção da ordem social:

“Por isso, parece-me mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade, posição que entre nós defende Juarez Tavares. Note-se que realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio da investigação das ciências naturais: a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico”¹¹⁹.

Apesar de admitir a existência de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, estes devem ser colocados de maneira excepcional para não se transformar em um tipo penal simbólico. Assim, se não houver uma lesividade em concreto (mesmo que essa seja imaterial,

¹¹⁶ *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

¹¹⁷ *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

¹¹⁸ “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, jul.-ago. 2004, p. 96-97.

¹¹⁹ “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 49, p. 89-147, jul.-ago. 2004, p. 97.

como ocorre nos crimes contra a honra), o tipo penal somente servirá para reafirmar os valores dos grupos dominantes, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O funcionalismo teleológico admite que a tutela penal possui algum aspecto simbólico, porém, essa não é sua função principal. Sobre as normas jurídico-penais preponderantemente simbólicas, afirma que devem ser afastadas pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Segundo Claus Roxin:

“Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo a minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla”¹²⁰.

Uma corrente doutrinária defende que deslegitimam a pena, que as premissas traçadas pelo direito penal (igualdade, liberdade e tutela do bem comum) como proteção de valores caros à sociedade partem da ideia de sociedade de consenso, em que todos são iguais e livres em suas escolhas. Porém, segundo essa linha de pensamento, a prática mostra que essas premissas, na verdade, não são constatadas. A realidade é desigual, havendo uma classe de opressores e uma classe de oprimidos. Assim, o significado político do direito penal é o controle social, que garante a manutenção da desigualdade.

Essa visão mais crítica da política criminal adota a lógica marxista para definir a função do direito penal, que é a manutenção sistêmica da submissão e da opressão. As classes dominantes se apropriam da mais-valia das classes dominadas e subtraem daqueles que se rebelam contra o sistema o que eles têm de mais valor, que é o tempo, através do encarceramento.

Para Juarez Cirino dos Santos¹²¹, adepto dessa corrente, a noção moderna de direito penal simbólico consiste na criminalização de condutas praticadas pelos grupos sociais hegemônicos, sendo que no âmbito da criminalização primária (criação de tipos penais incriminadores), ou os tipos não são criados pelo legislador, ou o conteúdo normativo é tão vago e impreciso que sua aplicabilidade se torna inviável.

¹²⁰ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. (org. e trad.) André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

¹²¹ *Direito penal – parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 12.

Quanto à criminalização secundária, que o autor define como estipulação de penas, essas são irrisórias, permitindo a incidência dos institutos despenalizadores, inexistindo repressão penal. Esses tipos servem somente para dar “uma satisfação retórica”, são ferramentas de dominação do capitalismo neoliberal contemporâneo. Esse, no entanto, é somente um dos aspectos do tema abordados nesta dissertação.

O autor desenvolve melhor esse conceito quando estabelece que a suposta finalidade de prevenção geral da pena nada mais é que a afirmação de uma ideologia dominante. E citando Peter-Alexis Albrecht, escreve:

“Logo, a inibição de impulsos antissociais pela ameaça penal somente seria relevante no Direito Penal simbólico – um *direito destituído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado*, mediante criação/difusão de imagens ilusórias de eficiência repressiva na psicologia do povo, mas é absolutamente irrelevante no Direito Penal instrumental, cujo objeto é delimitado pela criminalidade comum, área de incidência exclusiva da repressão penal seletiva” (grifos nossos)¹²².

Como visto, essa é a fundamentação de Günther Jakobs, que vê na pena uma reação simbólica contrafática para preservar a confiança na norma. Com isso, o direito penal vai se distanciando das funções instrumentais práticas e se tornando algo abstrato, com a única finalidade de “dar uma satisfação à opinião pública”. Assim, o indivíduo que praticou o delito deixa de ser sujeito de direito e passa a ser um objeto para manutenção do sistema.

Esse tipo de discurso terá consequências nefastas para a dogmática penal, permitindo a flexibilização de direitos e de garantias fundamentais sob o pretexto de eficiência do sistema, o que dentro das teorias legitimadoras da pena atingiriam principalmente as classes sociais vulneráveis.

Nesse ponto, a práxis forense tem revelado, principalmente com a “Operação Lava Jato”, que a violação de direitos fundamentais do investigado ou réu tem se expandido para algumas classes economicamente privilegiadas, quando o direito penal é usado como ferramenta para alternância de poder, como no caso do processo de *impeachment* de 2016 – em que, embora não tivesse natureza penal, a origem e o apoio popular ocorreram graças aos órgãos de perseguição penal, divulgando inclusive escutas telefônicas de maneira ilegal –, ou mesmo para selecionar alguns indivíduos das classes hegemônicas para mostrar aos oprimidos que o Estado combate os malfeitos dos ricos. Na realidade, os crimes do colarinho branco ainda

¹²² Peter-Alexis Albrecht *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 455.

existem, se não forem praticados com mais intensidade do que antes, mas o sistema precisa eleger um “bode expiatório” para tranquilizar o imaginário popular. Isso é outra evidência do caráter cada vez mais simbólico da tutela penal.¹²³

Percebe-se que esse raciocínio em nada afasta o caráter seletivo e discriminatório da tutela penal, que tem em sua esmagadora maioria incidência nos socialmente vulneráveis. Ocorre, porém, que essa máquina se aperfeiçoou e decidiu selecionar alguns indivíduos que não se enquadram nesse estereótipo, somente para dar um alento aos oprimidos, mostrando que o Estado também pune os ricos, como foi o caso da “Operação Lava Jato”.

Definido problema, Juarez Cirino dos Santos¹²⁴ propõe que a dogmática penal seja “crítico-libertária, comprometida com um programa político de igualdade social e democracia real para o povo”. Para atingir esse objetivo, a dogmática penal deve assumir o caráter seletivo e estigmatizante do poder punitivo estatal, sem fechar os olhos para a realidade. Deve ainda elaborar um sistema de garantias ao indivíduo para protegê-lo do poder punitivo estatal.

Apesar da solução de criação de um sistema de garantias ao indivíduo frente ao poder punitivo estatal, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patrícia Vanzolini criticam a visão de Juarez Cirino dos Santos, pois seu enfoque marxista o leva a fazer uma análise exclusivamente econômica da problemática simbólica da tutela penal, o que exclui outros grupos vulneráveis. Outra crítica dos autores é a de que “além disso, a teoria não explicaria a tutela penal dos direitos humanos (crime de racismo, genocídio...), mormente na seara internacional”¹²⁵.

Ainda dentro das teorias deslegitimadoras das penas, mas com enfoque diferente, a teoria agnóstica da pena prega que o direito penal deve ser redutor da incidência da pena. Preliminarmente, essa concepção parte da mesma base epistemológica de Juarez Cirino dos Santos, que é a noção sociológica de sociedade de conflito, negando que haja um consenso social, mas sim uma ampla camada social marginalizada, que é a principal destinatária da sanção penal. Nesse sentido, há uma construção do discurso mostrando que todas as funções atribuídas à pena não passaram de mera ilusão.

Em geral, há uma manifesta separação de funções com contradição de discursos e atitudes, o que dá por resultado uma compartimentalização do sistema penal: a polícia atua ignorando o discurso judicial e a atividade que o justifica; a instrução, quando é judicial, ignora

¹²³ O processo ao qual fazemos referência é aquele ocorrido em 2016 no Brasil, que teve como consequência a destituição da presidente Dilma Vana Rousseff que foi condenada por violação às normas de responsabilidade fiscal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>. Acesso em: 22 out. 2021.

¹²⁴ *Direito penal – parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 463.

¹²⁵ *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 528.

o discurso e a atividade sentenciadora; a segunda instância ignora as considerações da primeira que não coincidem com seu próprio discurso de maior isolamento; o discurso penitenciário ignora todo o resto. Cada um dos segmentos parece pretender apropriar-se de uma parte maior do sistema, menos o judicial, que vê retalhadas as suas funções sem maior alarme.

A teoria agnóstica da pena aponta justificativas dadas ao longo da história para explicar a privativa de liberdade. Assim, os fundamentos jurídicos foram divididos em dois: prevenção especial e geral – o primeiro buscando ressocializar o indivíduo, e o segundo passando para a sociedade a visão de que quem se comportasse como o indivíduo teria as mesmas consequências.

Essa visão tenta demonstrar as evidentes contradições entre as funções declaradas pelo sistema penal e as funções reais constatadas na prática. Como complemento desse raciocínio, é evidente que segregar o indivíduo do convívio social gera sua despersonalização, transformando-o em um sujeito marginalizado psicologicamente. Se o objetivo é ressocializar, por que então se retira o cidadão do convívio social? Além disso, como ressocializar um indivíduo que é colocado em um ambiente insalubre e desumano como os estabelecimentos prisionais do Brasil e de vários países? De fato, é um contrassenso.

Além disso, ao cumprir sua pena, o cidadão terá o estigma da condenação penal pelo resto de sua vida, conforme se vê na prática. Logo, o fator ressocializador, além de não ter comprovação científica, na prática é mais dessocializante do que ressocializador.

Outrossim, esse poder de convencimento que a tutela penal teria em relação à população tampouco possui comprovação científica. É impossível calcular a “cifra negra”, como apontam os autores. A prática estadunidense não tem fornecido dados concretos, mesmo sendo a maior população carcerária do mundo.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a função social da tutela do direito penal é simbólica, ou seja, dá a falsa impressão de que o Estado atua no combate à criminalidade, deixando os oprimidos temerosos, criminalizando aqueles que se opõem e garantindo o poder da classe dominante:

“Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica. É possível que esta sustentação simbólica possa se realizar mediante outro meio, menos violento que o sistema penal? Pode-se pensar num modelo de sociedade com uma estrutura de poder tão repartido e igualitário, que não exija o sistema penal. Ou melhor, pode-se pensar em uma estrutura democrática do poder, ainda que não tão longe das características atuais que não obstante mantenham um certo grau de tal racionalidade para a sua solução. Na primeira hipótese, ao

repartir-se de forma igualitária o poder, se reduziriam os conflitos ocorrentes. Na segunda, os conflitos permaneceriam, mas seria aumentada a racionalidade para a sua solução. A primeira é a proposta extrema do socialismo mais avançado. A segunda é a proposta extremada lançada pela ideologia “verde” ou “ecológica” (Hulsman). Ambas constituem vertentes da solução radical de abolir-se o sistema penal (abolicionismos socialista e ecológico).¹²⁶

Traçadas essas premissas, essa linha criminológica defende que a pena não possui uma função legítima. Segundo essa corrente, não há uma função legítima desempenhada pelo ius puniendi estatal, a denominada teoria agnóstica da pena, ou seja: um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. Na mesma linha, só se coloca a dificuldade para se construir uma teoria jurídica de um simples poder que não se admite outra explicação racional.

Continuando o raciocínio, a teoria agnóstica da pena desenvolve um modelo ontológico de estado de polícia que exerce uma coação vertical e autoritária e uma distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva da ordem pública metajurídica que suprime os conflitos humanos mediante funções manifestas positivas de retribuição e prevenção da pena criminal, atendendo às vontades das classes sociais dominantes (o que corresponde à realidade).

Por outro lado, os adeptos dessa teoria estabelecem uma noção ideal de estado de direito que se caracteriza pelo exercício de poder democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve os conflitos humanos conforme regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia. Esse é a premissa estabelecida pelo direito penal redutor.

Portanto, cabe ao direito penal exercer uma função contrasseletiva, atuando como um filtro, limitando através da interpretação das leis penais o poder de punir do Estado. Então, propõem utilizar as ferramentas jurídicas presentes para limitar a pena, como fonte de segurança jurídica.

Nesse sentido, escreve Luís Augusto Sanzo Brodt:

“O direito penal, acatada uma perspectiva agnóstica da pena, deve desempenhar em relação ao poder punitivo uma função corretiva redutora, que se leva a cabo por meio da interpretação das leis penais manifestas. O saber penal deve operar como um dique de contenção das águas mais turbulentas e caóticas do estado de polícia, para impedir que atinjam o estado de direito. A função do direito penal é evitar que as águas do poder punitivo invadam o dique, porém, ao mesmo tempo, precisa impedir a contenção de uma quantidade tão enorme de água que provoque o seu rompimento. Por

¹²⁶Manual de direito penal brasileiro. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 76-77.

isso, deve operar seletivamente, filtrando somente as águas mais sujas e reduzindo sua turbulência, valendo-se de um complexo sistema de comportas, que impeçam a perfuração de qualquer delas e que, para o caso de produzir-se, disponham de outras que as reassegurem. Daí que, se o poder punitivo exerce sua violência seletivamente, a contenção redutora que deve opor o direito penal também deve ser seletiva. No contexto dessa perspectiva funcional redutora do direito penal, pressupõe-se duas grandes divisões de comportas seletivas: a) a primeira delas é a teoria do delito. Nela se verifica se estão dados os pressupostos para requerer da agência judicial uma resposta que habilita o exercício do poder punitivo; b) a segunda é a teoria da pena. Onde o sistema se pergunta como a agência jurídica deve responder a esse requerimento”¹²⁷.

Nesse sentido, verifica-se o grande mérito dessa teoria que não visa romper o sistema ou criar uma nova dogmática penal, mas pegar aquilo que cada teoria do delito desenvolveu de melhor, e criar uma dogmática penal que mais contenha os efeitos nefastos da pena. Ao se analisar a teoria do delito proposta pelo jurista, observa-se que ele aplica a exegese que melhor atenda à função redutora. Se o causalismo tem uma noção que afasta a pena, aplica-se o conceito causalista, se um conceito funcionalista de um dos substratos do delito afasta a tutela penal, esta deve ser aplicada. Nesse sentido, em tese, poderiam ser afastados os efeitos simbólicos da tutela penal, ao utilizar o sistema jurídico contra o próprio sistema político.

Dessa visão, é fundamental que a hermenêutica jurídica seja um contraponto redutor aos efeitos simbólicos da tutela penal. Por exemplo, se há uma forte exposição do caso na mídia (*trail by media*), o juiz deverá decretar o sigilo, inclusive a nulidade de provas divulgadas pela mídia, como ocorre nos Estados Unidos. Portanto, emprega-se uma visão do direito penal que não só utiliza das metodologias já existentes, como permite que essas se renovem, sempre buscando frear a tutela penal.

Nesse sentido, completa Luís Augusto Sanzo Brodt, ao descrever o conceito de tipicidade no direito penal redutor:

“Daí se deduz que o direito penal, como instrumento de realização do estado de direito, deve promover um sistema interpretativo limitador do âmbito de ações típicas: quanto mais idônea seja uma doutrina penal para reduzir interpretativamente os tipos penais, menor será o poder punitivo de seleção pessoal que estará habilitado em uma determinada sociedade. Trata-se de uma tarefa de redução da seleção de ações, necessária para a redução da seleção criminalizante por características pessoais (vulnerabilidade). Porém, esta tarefa, que é a *função interpretativa redutora do direito penal a respeito dos tipos penais*, deve ser levada a cabo de modo racional, ou seja, de forma que nem toda redução pode ser considerada idônea para cumprir esta função. Uma redução arbitrária não teria outro efeito a não ser gerar o risco de uma seleção

¹²⁷ O direito penal sob a perspectiva funcional redutora. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul.-dez. 2010, p. 102.

mais arbitrária. Daí a necessidade de uma análise sistemática dos tipos penais e de uma cuidadosa elaboração sistemática da tipicidade: duas arbitrariedades seletivas, longe de reduzir a arbitrariedade, a potencializariam; somente a neutralização racional da arbitrariedade seletiva mais grosseira pode reduzi-la”¹²⁸ (grifos nossos).

Da análise do que foi exposto até o momento, conclui-se que a essa proposta que nega qualquer função à tutela penal (tutela agnóstica da pena) e dá ao direito penal a função limitadora da pena é a que melhor soluciona os problemas dos tipos penais simbólicos. Tanto as teorias institucionais como a da prevenção geral positiva não têm comprovação empírica alguma.

As primeiras não atingem os objetivos prometidos de ressocialização, já que o cárcere tanto nos países desenvolvidos (como os Estados Unidos) como nos subdesenvolvidos (o Brasil e demais países da América Latina) é dessocializador na prática. Por sua vez, a teoria da prevenção geral positiva, que é essencialmente simbólica, defende que seu objetivo é enganar a sociedade, passando a falsa impressão de que o Estado está sempre atuante no combate à criminalidade, quando seu objetivo é servir de instrumento de dominação para os detentores do poder político.

Por fim, discorda de Claus Roxin, que parece também não atingir o objetivo defendido por sua teoria de proteção subsidiária de bens jurídicos, pois, uma vez praticada a conduta, o bem já foi lesionado ou exposto a perigo (exemplo: homicídio consumado, o tipo penal não foi capaz de proteger o bem jurídico). Na verdade, a ideia de Claus Roxin é apenas uma parte de algo maior, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é somente um dos filtros pelos quais a conduta deve passar, e não o todo. Para reforçar essa ideia, escrevem Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini¹²⁹: “Todas as teorias legitimadoras são discursos pseudorracionalizantes destituídos de qualquer demonstração lógica ou empírica, restando negado qualquer atributo positivo à pena. Daí a conclusão de que a teoria é negativa”.

Por isso, o ideal, principalmente no que tange aos tipos penais preponderantemente simbólicos, é adotar a teoria agnóstica da pena, separando seu conceito do direito penal. Este é uma defesa do vulnerável (alvo do direito penal) contra o Estado opressor, que quer aplicar um mal injustificável com a finalidade de dominação. Assim, o direito penal atuará como um filtro através do arcabouço normativo de direitos e de garantias previstos na Constituição, nas normas infraconstitucionais e, principalmente, nos tratados internacionais de direitos humanos.

¹²⁸ O direito penal sob a perspectiva funcional redutora. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul.-dez. 2010, p. 108-109.

¹²⁹ *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 526.

4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O debate empreendido ao longo dos anos sobre a expansão do direito penal levou vários estudiosos a propor possíveis alternativas ao crescimento desordenado dessa área do direito. O trabalho se baseia nas teorias propostas pelos dois principais autores do assunto: Jesús-María Silva Sánchez e Winfried Hassemer.

A proposta desses autores se refere à necessidade de transferir para outras áreas do direito a tutela de bens jurídicos fundamentais, aprofundando a incidência do princípio da fragmentariedade do direito penal. Para Jesús-María Silva Sánchez, essas ações deveriam integrar o próprio subsector de direito penal, a segunda velocidade do direito penal. Winfried Hassamer, por sua vez, defende a criação de uma área completamente diferente da existente, o que ele define como o direito de intervir.

Neste capítulo, estudaremos as causas que ensejaram a expansão do direito penal, e as teorias básicas para esclarecer nossa compreensão de cada uma das propostas desses autores. Em seguida, elegeremos apenas uma delas como alternativa ao processo expansionista brasileiro.

4.1 A expansão do direito penal na sociedade contemporânea

Jesús-María Silva Sánchez é o desenvolvedor da chamada “teoria da velocidade do direito penal”. Em sua obra “A expansão do direito penal”, apresenta uma abordagem sociológica sobre o tema, trazendo uma visão política das razões da expansão.

Em sua análise inicial sobre o fenômeno da expansão do direito penal contemporâneo, aponta a “tópica seletiva ao direito penal”¹³⁰, materializada na criação de novos “bens jurídicos penais”, na ampliação dos espaços jurídicos penalmente relevantes, na flexibilização de garantias penais e processuais penais e nas regras de imputação. Esse fenômeno, na visão do autor, apresenta argumentos relacionados aos riscos à sociedade contemporânea. O Estado, por sua vez, ineficiente na solução desses problemas, vale-se do direito penal para atender às expectativas sociais:

“Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente 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

¹³⁰ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 28.

de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (proteção efetiva). Sem negar que 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”. Ao contrário, é minha opinião que em boa medida nos encontramos aqui ante causas mais profundas, que fundam suas raízes no *modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das últimas décadas, na consequente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal*”¹³¹ (grifo nosso).

Essa teoria é construída partindo de uma premissa: a da representação social do direito penal contemporâneo expansionista como instrumento de proteção dos cidadãos. Conforme aponta o jurista, houve uma mudança de concepção do antigo direito penal clássico para um debate no qual há um consenso da função do direito penal na proteção social.

Assim, partindo do pressuposto de que o direito penal é uma ferramenta qualificada de proteção de bens jurídicos relevantes, a evolução do direito penal e, consequentemente, de sua tutela avança à medida que surgem novos valores sociais demandando proteção, ou mesmo que haja maior demanda de tutela de determinado bem jurídico. Por exemplo, o bem jurídico “vida”, que sempre foi valorado pelo ordenamento jurídico como de primeira grandeza, com a constatação do aumento de casos de feminicídio, e a entrada em vigor da Lei n. 13.104/2015, tal conduta passou a ser classificada como crime qualificado e, por consequência, hediondo.

Uma primeira razão para esse fenômeno é o dinamismo social; as rápidas transformações tecnológicas, por exemplo, fizeram surgir riscos antes inexistentes. Inegavelmente, a humanidade nunca passou por um processo de transformação social tão rápido. Esse dinamismo fez surgir novos riscos e danos que ou antes não existiam ou eram ignorados. Nesse ponto, mencionamos os valores difusos e coletivos e, consequentemente, a criação de tipos penais para sua proteção (por exemplo, os crimes tipificados pelo Código de Defesa do Consumidor).

A segunda causa para o aumento da tutela penal, na visão de Jesús María Silva Sánchez¹³², é a “deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso”.

Sobre o tema, ganha relevância o recrudescimento da tutela penal em relação aos crimes ambientais. Em julgado de 17 de março de 2020, o Supremo Tribunal Federal afastou a

¹³¹ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 29.

¹³² *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 33.

tese de atipicidade material pelo princípio da insignificância para o tipo penal previsto pelo art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/1998. No caso, um pescador foi preso em flagrante pois havia pescado 8 quilos de peixe em período de defeso (em que a pesca é proibida em razão da época de reprodução do peixe)¹³³.

Nesse sentido, é inegável a necessidade de expansão do direito penal para proteger esses novos valores sociais, ou valores sociais que passaram a ser mais relevantes. Porém, o que tem se demonstrado na prática é uma expansão irrazoável, que atinge situações não violadoras do bem jurídico a ponto de demandar uma tutela penal privativa da liberdade.

Esse desenvolvimento social acabou tornando mais dinâmicas as transformações sociais. Atento a essa mudança, principalmente do mundo pós-industrial, o sociólogo alemão Ulrich Beck desenvolveu a teoria da sociedade do risco em seu livro *Risikogesellschaft*, publicado inicialmente em 1986.

Ulrich Beck¹³⁴ compara a sociedade da primeira Revolução Industrial e a sociedade de classes, em que prevalecia a escassez de riquezas, de um lado, e, de outro, a sociedade da produção tecnológica, que traria novas problemáticas sociais e novos riscos até então desconhecidos pela sociedade de classes. Defende, ainda, que essa sociedade do risco tem como fundamento epistemológico a autoconfrontação, ou seja, quanto maior o desenvolvimento tecnológico, maiores os riscos e as incertezas que irão refletir no comportamento social e na atuação das instituições estatais.

A teoria da sociedade de risco tem sua origem com a análise do fenômeno da globalização e a “pauperização civilizacional”. Esse fenômeno de massificação social, descrito por Ulrich Beck, gerou uma sociedade histórica, cheia de incertezas e amedrontada com o futuro, que cada vez se mostra mais contingente. Sobre o tema, expõe o sociólogo alemão:

“Essa diferença específica entre realidade e possibilidade ainda é complementada pelo fato de que – ao menos na Alemanha, e é desse caso que trato aqui – a pauperização decorrente de ameaças coincide com o oposto da pauperização material (ao menos se tivermos em conta as imagens do século XIX e dos países esfomeados do Terceiro Mundo): as pessoas não estão empobrecidas; ao invés disto, vivem frequentemente na afluência, numa sociedade do consumo de massa e da abundância (o que pode de todo modo ser acompanhado lado a lado por um aprofundamento das desigualdades sociais), são no mais das vezes bem formadas e informadas, mas tem medo, sentem-se ameaçadas e mobilizam-se para não permitir, para deliberadamente impedir que chegue a ocorrer a única verificação possível de suas visões de futuro realístico-pessimistas. Uma confirmação da ameaça

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC-AgR 163.907, RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17-03-2020, DJE 27-05-2020, p. 63.

¹³⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23-26.

seria irreversível autoaniquilamento, e é justamente este o argumento mobilizador que converte a ameaça projetada numa ameaça real. Nessa medida, os problemas surgidos pelo aumento da produção, pela redistribuição, pela extensão das garantias sociais etc., exigindo, em lugar disto, seja uma específica e massiva “política da contrainterpretação”, seja *uma fundamental reelaboração e reprogramação do paradigma vigente da modernização*” (grifos do autor) ¹³⁵.

Essa massificação cultural vinda com a globalização reforçou ainda mais o aspecto simbólico. Essa nova sociedade de risco, somada à massificação dos meios de comunicação, aprofundou a simbolização não só do direito penal, mas também das outras áreas do direito, transformando-se num fenômeno globalizado e estrutural nas ciências jurídicas. Inserimos aqui o olhar de Boaventura de Souza Santos:

“A mistura de códigos de representação e de simbolização é ainda visível nas imagens do direito na cultura de massas. Em estudo recente sobre este tópico em que analisa muitas das séries de televisão americana, algumas das quais já passadas nos nossos ecrãs, Stewart Macaulay mostra que os meios de comunicação de massa e sobretudo a televisão promovem uma visão inconsciente e fragmentada do direito, com mensagens sobrepostas e contraditórias, feitas de regras e de contra-regras que incitam tanto à obediência, como à desobediência, tanto à acção legal como à acção ilegal” ¹³⁶.

Essa dinamização social no mundo globalizado, conforme sublinha Jesús-María Silva Sánchez ¹³⁷, geraria consequências negativas, como a “configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”. Esse avanço tecnológico acaba deslocando uma maior quantidade de indivíduos para a marginalização social, incrementando as fontes de risco pessoais e patrimoniais. Além disso, o desenvolvimento tecnológico incrementa a lesividade e a abrangência das condutas delitivas, segundo observa o jurista espanhol em relação aos crimes cibernéticos e sua incidência global.

Além disso, a incerteza gerada por essa sociedade de risco suscitou, nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez ¹³⁸, verdadeira institucionalização da insegurança. Há não só uma preocupação com as causas que geram os riscos sociais, mas também com as condutas humanas os propagam, o que terá um inegável efeito na política criminal:

¹³⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 62-63.

¹³⁶ Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 64, p. 313-337, jan.-fev. 2007, p. 185.

¹³⁷ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 35.

¹³⁸ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 37.

“Tudo isso evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda *correlação das esferas de organização individual* incrementa a possibilidade de que alguns desses contratos sociais redundem na produção de consequências lesivas. Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, *em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa- efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram 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 ou formalista (em termos de perigo presumido)*”¹³⁹ (grifos nossos).

Concluimos, assim, que a dogmática penal contemporânea cada vez mais se descolou do resultado naturalístico para enfatizar os tipos de risco em abstrato. Esse distanciamento do direito penal em relação ao plano concreto fez surgir tipos penais meramente simbólicos, já que, se a violação ou a exposição do bem jurídico é presumida pelo tipo, sua função é meramente comunicar à sociedade a vigência da norma.

Esse fenômeno deslocou o direito penal como fonte de *ultima ratio* da proteção do bem jurídico para uma *prima ratio*, exacerbando sua incidência. Sobre o tema, escreve Pablo Rodrigo Alflen da Silva:

“Os desenvolvimentos e os aspectos críticos resultantes dessa “moderna sociedade do risco” para o direito penal foram amplamente analisados e criticados pela Escola de Frankfurt, originariamente, e de modo imediato por Prittwitz, o qual já observava o surgimento de um “direito penal do risco” que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, em outras palavras, em um direito penal expansivo, cujo aspecto é caracterizado pelo significado tridimensional que assume: a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade”¹⁴⁰.

Outro aspecto que merece destaque é o fenômeno da sensação social de insegurança. São apontados como conseqüências desse fenômeno o surgimento de novos riscos com o desenvolvimento tecnológico, a massificação dos meios de propagação da informação, principalmente com os meios de comunicação, a difusão de informações sensacionalistas, gerando uma histeria coletiva, o uso dessas informações de maneira capciosa pelos próprios órgãos de persecução penal (como a manipulação de dados e de estatísticas) e, principalmente,

¹³⁹ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 38.

¹⁴⁰ Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 46, p. 73-93, jan.-fev. 2004, p. 3.

na visão do autor, o estilo vivido na sociedade de risco, em que, apesar dessa coletivização das informações, ainda somos extremamente individualistas (uma coletividade de individualistas), o que amplia ainda mais a sensação de insegurança.

Esse fenômeno de insegurança generalizada obriga o Estado a oferecer uma resposta rápida para neutralizar esse sentimento, utilizando o direito penal simbólico para essa finalidade. Como consectário desse uso do direito penal como fonte de solução para a insegurança generalizada, há uma inegável flexibilização das garantias penais e processuais penais, conforme explica Vera Regina Pereira de Andrade:

“A equação “aumento e alarma (midiático) da criminalidade = medo e insegurança = demanda por segurança = expansão do controle penal”, obedece às ilusões da infância criminológica (Criminologia positivista) em que se acreditava no Papai Noel (sistema penal) distribuindo presentes (combatendo e reduzindo a criminalidade, ressocializando os criminosos e promovendo segurança). Esta ilusão, radicalmente desconstruída na maturidade criminológica (Criminologias críticas), cresceu, no entanto, maliciosamente, pois, despindo-se da ingenuidade da fantasia infantil, sobreviveu na nudez aberta do mercado econômico, político e midiático, tornando-se um produto: uma ilusão lucrativa com a mais-valia da dor e da morte. Da dor e da morte dos controlados nas masmorras prisionais, dos controladores, sobretudo policiais, das vítimas, dos familiares de controlados e vítimas, sem respostas positivas do sistema, dos que nada têm a ver. Este mercado polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o Papai Noel não existe, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo.

[...]

O controle penal é um mecanismo de controle social central no capitalismo globalizado neoliberal e sua expansão, de extrema complexidade, não pode ser captada senão como um conjunto de tendências, parcialmente visíveis, parcialmente cegas, como característico de todo tempo de grandes transformações (Sousa Santos, 1989). Tais tendências, que apresentam identidades e diferenças no centro e na periferia do capitalismo, apontam para um movimento simultâneo de: a) expansão quantitativa (maximização) do controle; b) expansão qualitativa (diversificação): continuidade, combinada com redefinição de penas, métodos, dispositivos, tecnologias de controle; c) expansão do controle social informal – pena privada; d) minimização das garantias penais e processuais penais”¹⁴¹.

O aumento da tecnologia e do conhecimento humano diminui as hipóteses de risco permitido e amplia as hipóteses de risco juridicamente evitável (aquele que merece alguma imputação penal). Então, cada vez menos, é admitida a incidência de casos fortuitos para o incremento de riscos penalmente reprováveis, o que amplia a expansão da tutela penal.

Assim, o direito penal contemporâneo mostra tendência a enquadrar as catástrofes naturais como delitos e atribuir de alguma maneira uma responsabilidade penal, retirando o

¹⁴¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 81, p. 339-356, nov.-dez., 2009, p. 341.

fenômeno do plano naturalístico (algo que naturalmente ocorreria) para uma conduta comissiva ou omissiva humana evitável. Nas palavras de Antoine Garapon:

“A identificação generalizada com a vítima traz como consequência a diabolização do outro. Não pode haver vítima sem que haja um culpado. A atualidade recente oferece inúmeros exemplos dessa lógica penal que invade a vida social. Vimos autoridades do mais alto nível – como chefes de região administrativa ou diretores de estabelecimentos de ensino – serem levadas aos tribunais sob qualificação penal por fatos que só diziam respeito à responsabilidade administrativa. Como se essa não oferecesse por si só um espetáculo de humilhação suficiente para a pessoa em questão. Essa tendência revela a confusão contemporânea que existe entre a pessoa física e a pessoa pública, assunto que já foi discutido. Neste ritmo, não haverá mais uma só morte numa região sem que alguém procure responsabilizar penalmente pela má conservação das calçadas, se ocorrer um acidente na via pública, ou por uma falha na gestão da saúde pública, para só falar de causas principais de mortalidade”¹⁴².

Assim, essa necessidade de respostas rápidas a esse sentimento generalizado de insegurança reforça ainda mais o valor simbólico-comunicativo da imputação penal. Nesse cenário, a dogmática penal, para atender a esses anseios, demanda outra inegável reformulação teórica e a adaptação dos conceitos clássicos para essa nova realidade.

Nesse sentido, o direito penal clássico, que tinha como principal enfoque teórico proteger os bens jurídicos individuais, como a vida e o patrimônio, passa a enfatizar a tutela de bens jurídicos transindividuais, como os delitos contra a ordem econômica e financeira, crimes ambientais, crimes contra o consumidor e crimes cibernéticos. Essa nova gama de bens jurídicos trará para a dogmática penal, características diversas, gerando uma necessidade de expansão da sua incidência, com a criação de novos tipos penais incriminadores.

Esses direitos penalmente tutelados têm uma característica que os distingue dos bens jurídicos clássicos, que é sua origem, ou seja, os bens jurídicos clássicos, como a vida, a propriedade e a honra, são de aferição empírica, de constatação no plano naturalístico – são perceptíveis por qualquer um, basta uma mera constatação da realidade fática. Quem mata alguém é perceptível, pois o objeto material é a vida humana; quem subtrai coisa alheia móvel também é de fácil percepção, já que o bem móvel, objeto material sobre o qual recai a conduta delitiva, é palpável, o sujeito ativo e o passivo são determinados ou determináveis e o próprio *iter criminis* é de simples aferição; a violação da honra é de fácil percepção, pois, ao ofender outrem, atribuindo-lhe uma característica de cunho pejorativo, é de simples apreensão.

¹⁴² *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 104-105.

Já os bens jurídicos penais transindividuais são manuseados em uma realidade diversa, abstratamente elaboradas conforme a evolução social. Esses novos bens jurídicos são socialmente construídos, não derivam do plano naturalístico. Nesse sentido, a ordem tributária, o sistema financeiro e as relações consumeristas são criações humanas derivadas da relação econômico-social desenvolvida e normatizada ao longo da história. Trata-se, portanto, de uma realidade construída pelo ser humano.

Disso deriva uma consequência imediata: essa transformação dos bens jurídicos concretos em abstratos aprofundou o fenômeno conhecido como “neutralização da vítima”, que afastou a vítima da participação da persecução penal. Agora, o titular do bem jurídico digno de proteção estatal não é mais a pessoa natural, mas a sociedade que teve sua confiança no sistema abalada pela conduta delitiva.

Outro aspecto ligado à vítima que merece destaque é a identificação da sociedade com a vítima do delito. Isso se deve à modificação do enfoque do inimigo no direito penal clássico e no direito penal contemporâneo. No direito penal clássico, ligado a uma visão liberal, o direito penal é uma ferramenta do cidadão em face do Estado violador do direito (Leviatã). Nas palavras de Jesús-María Silva Sánchez:

“Isso provoca uma transformação consequente também no âmbito do Direito Penal objetivo (*ius poenale*): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como “Magna Charta” da vítima aparece junto à clássica da “Magna Charta” do delinquente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela”¹⁴³.

Nesse sentido, Antoine Garapon escreve que a sociedade contemporânea se identifica com a vítima, fomentando o populismo e o punitivismo desenfreado:

“A opinião pública está hoje mais inclinada a se identificar com a vítima do que com o árbitro, com o governado do que com o governante, com o contrapoder do que com o poder, com o justiceiro do que com o legislador. Vimos um povo reencontrar sua unidade ao apoiar os juízes Di Pietro, na Itália, ou Van Espen, na Bélgica, em sua ação de resistência aos poderosos. O *petit juge* é a última encarnação do combate da virtude contra o vício, de David contra Golias. Talvez esteja aí o começo da democracia direta na ação de uma oposição que se restringe ao bom e ao mau, que obriga a escolha de um dos lados. Os noticiários policiais dão uma visão simples, ou melhor, simplista dos compromissos que um discurso político tecnocrata termina ofuscando. Essa aproximação emocional e maniqueísta do político prepara, sem dúvida, o terreno para o populismo”¹⁴⁴. (grifo nosso).

¹⁴³ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 65.

¹⁴⁴ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 98.

Nessa linha, Jesús-María Silva Sánchez¹⁴⁵ coloca a pena como um instrumento para satisfazer o sentimento da vítima causado pelo delito: “O raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor”. Assim, as únicas penas que irão satisfazer esse sentimento serão a pena privativa de liberdade e a multa, que desempenham a desejada função simbólica.

Porém, esse fenômeno acaba tornando o sistema penal como um todo desumanizado e focado principalmente em resultados, maior número de pessoas condenadas a penas privativas de liberdade, do que propriamente em garantir um devido processo penal e mesmo buscar a reparação do dano sofrido pela vítima. Aliás, essa é a mesma conclusão apresentada por Antoine Garapon:

“‘A dor é injustiça’, diz Racine, ‘e todas as razões que não a aliviam amargam suas suspeitas’. Censuram-se os processos da justiça por nunca estarem à altura do drama e do sofrimento. O menor distanciamento das teses da vítima é intolerável. Não se tem certeza de que isso seja benéfico para as vítimas, uma vez que não proporciona a resignação com a perda. O que é simbolizar, senão nomear, distanciar por ritos ou palavras? O que é o processo, senão colocar palavras no lugar da violência, dinheiro no lugar do sofrimento? O sofrimento tem todos os direitos, ele pode exonerar-se de todos os deveres. Por isso, os juízes de instrução propuseram numa coletiva de imprensa manter o segredo da instrução, mas reservado às vítimas e às pessoas sob investigação “um direito ao grito” (*sic*) que lhes permitiria dirigirem-se diretamente à opinião pública. Esse processo de simbolização corre o risco de ser bloqueado por um espetáculo cada vez mais desumano, que torna as palavras insuportáveis, e o dinheiro, inoportuno. É verdade que não existe nada mais comunicativo que as lágrimas. E por isso, o sofrimento de várias centenas de pessoas justifica que se acuse duas vezes a mesma pessoa pelos mesmos fatos. A mídia, ao nos colocar sob influência de emoções, afasta-nos da influência do direito. Ela se autoproclama representante da opinião pública, mas é apenas, na maioria das vezes, o porta-voz da emoção pública”¹⁴⁶.

Além disso, essa nova dogmática penal atribui um caráter predominantemente preventivo para a pena, afastando suas justificativas retributivas. Seja a prevenção geral (destinada à sociedade com o caráter inibidor da pena para evitar o cometimento de delitos – concepção negativa; ou pela concepção de manter hígida a confiança social na norma, preservando legítimas expectativas sociais – concepção positiva), seja a prevenção especial

¹⁴⁵ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 68.

¹⁴⁶ *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 100.

(destinada à ressocialização do infrator – aspecto positivo; ou retirando do convívio social o indivíduo que violou a norma – aspecto negativo), essas concepções puras afastam o caráter inegável de qualquer sanção penal, que é a expiação e a visão da pena de um mal em retribuição a outro mal.

Ao negar esse caráter, esse pensamento retira do plano naturalístico a justificativa inerente da pena, que é seu caráter expiatório, e atribui justificativas abstratas, mesmo que não exista demonstração empírica de sua efetividade (basta observar a porcentagem de reincidência no caso da aplicação de pena privativa de liberdade).

Essa nova dinâmica, em que se constrói uma realidade artificial, intensifica o papel do indivíduo perante a sociedade. Com isso, surgem novos deveres jurídicos de agir, deveres prestacionais e condutas positivas por parte de terceiros. O indivíduo, dentro dessa nova lógica contemporânea, assume o dever jurídico de agir e de diminuir os riscos a bens jurídicos de terceiros, segundo a sua função social. Esse fenômeno tem consequências lógicas: o aumento dos tipos penais incriminadores omissivos impróprios ou delitos de comissão por omissão em decorrência da reconstrução técnico-jurídica, e a releitura da doutrina sobre os elementos do crime.

Sobre o tema, apontamos a figura das pessoas sujeitas à Lei n. 9.613/1998 (“Lei da Lavagem de Dinheiro”), bastante modificada pela Lei n. 12.683/2012, nos seus artigos 9º a 13, que impôs a um rol de pessoas físicas e jurídicas deveres que, se não respeitados, geram pesadas sanções administrativas, podendo inclusive ensejar responsabilização penal da pessoa física (em caso de participação por omissão).

Isso provocou também uma reformulação, ao menos doutrinária, de antigos conceitos jurídicos. A fim de abarcar condutas sem respaldo em definições clássicas, a doutrina e os tribunais reformularam conceitos jurídicos.

Como exemplo, o dolo, sempre definido como consciência e vontade de praticar as elementares inseridas em um tipo penal incriminador (dolo direto, que surgiu da teoria da vontade) ou aquele que assume o risco de produzir o resultado descrito pelo tipo (dolo eventual, surgido da teoria do consentimento ou assentimento), ganhou nova vertente denominada pela doutrina de “teoria da cegueira deliberada” ou “instrução da avestruz” (*willful blindness doctrine* ou *conscious avoidance doctrine*).

Segundo essa concepção do tipo subjetivo, se o agente tem a consciência da possível origem ilícita do bem ou valor (no caso do crime de lavagem de dinheiro) e mesmo assim cria mecanismos para impedir a sua representação acerca dos fatos, ou seja, coloca-se

deliberadamente em cegueira, responderá penalmente pela conduta, ainda que desconheça a sua origem ilícita.

Para aclarar essa visão, mencionamos o caso *United States vs. Campbell*, em que a corretora de imóveis Ellen Campell foi condenada pelo crime de lavagem de dinheiro por ter vendido um imóvel ao traficante Mark Lawing. Nesse caso, Campbell, que afirmava não saber da origem ilícita do dinheiro pago pelo cliente, foi condenada pois uma testemunha afirmou que ouviu ela dizer que suspeitava da origem ilícita do dinheiro pago pela aquisição do imóvel.

Percebemos aqui uma reconstrução dos conceitos traçados pela dogmática penal clássica para expandir a incidência do direito penal, ferindo assim o princípio da subsidiariedade, ou seja, é o direito penal sendo usado como ferramenta constante na solução das lides sociais, quando sua incidência deveria ser somente para os casos graves.

Outrossim, podemos afirmar que essa lógica contemporânea da dogmática penal acaba atingindo três princípios basilares do direito penal. O primeiro deles é o princípio da ofensividade, segundo o qual o Estado somente pode aplicar a sanção penal em condutas que lesionem ou exponham a perigo bens jurídicos relevantes. Essa violação se concretiza com a excessiva criação de tipos penais de risco abstrato, em que a lei já presume o resultado jurídico, mesmo que a prática demonstre não ter havido nenhum risco ao bem jurídico tutelado.

O segundo princípio diretamente afetado por essa nova dogmática é o princípio da culpabilidade, que tem como um de seus nortes a vedação expressa da responsabilidade penal objetiva pelo simples resultado ou vedação da *versare in ré illicita*. Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

“Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a consequente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos — capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta — que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, entende-se a culpabilidade como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, de acordo com a gravidade do injusto. Desse modo, o limite e a medida da pena imposta devem ser proporcionais à gravidade do fato realizado, aliado, é claro, a determinados critérios de política criminal, relacionados com a finalidade da pena. E, finalmente, em terceiro lugar, entende-se a culpabilidade, como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade

penal objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa.”¹⁴⁷.

A teoria da cegueira deliberada é um claro exemplo desse fenômeno em que há uma tentativa por parte da doutrina de inserir nos tipos dolosos condutas culposas. Incrementando essa crítica, escrevem Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar e Pierpaolo Cruz Bottini:

“A imperiosa conclusão, portanto, é pela desnecessidade, em grande parte dos casos, da aplicação do instituto, dada a previsão de dolo direto e dolo eventual pelo direito positivo brasileiro. Nos demais casos, a conclusão deve ser pelo seu não cabimento, caso a concepção seja de flexibilizar, para além dos limites hermenêuticos, a configuração do dolo eventual, o que permitiria a punição de condutas negligentes, imprudentes ou imperitas como se dolosas fossem, quando a própria lei não previu a punição da conduta típica em caso de culpa em sentido estrito. Se a própria lei, que representa a vontade popular na democracia representativa, não traz a modalidade culposa como punível criminalmente, já que o sistema penal a prevê como excepcional, a responsabilização criminal por meio de instituto adaptado do *common law*, um sistema diverso e com fundamentos díspares, representa uma violação ao Estado de Direito. É interessante a análise de Cezar Bitencourt sobre uma tentativa de punição da “cegueira jurídica” ou “inimizade ao direito” na obra de Edmund Mezger, que, no direito penal continental, defendeu a chamada teoria limitada do dolo. *A título de colmatar lacunas de punibilidade – a mesma justificativa de importação da willful blindness – passou a aceitar a punição de condutas a título de crime doloso*, ainda que não provado o conhecimento da ilicitude. Segundo tal concepção, o conhecimento deveria ser presumido nos casos em que o indivíduo, especialmente em se tratando de um criminoso contumaz, demonstrasse desprezo pelos valores do ordenamento jurídico, *dando bases para uma culpabilidade pela condução de vida e, por conseguinte, de um direito penal de autor*”¹⁴⁸ (grifos nossos).

O último princípio diretamente atingido por essa dogmática penal contemporânea é o princípio da legalidade, que é o princípio basilar em um Estado Democrático de Direito, no qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Nesse sentido, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁹: “A legalidade faz o poder do Estado Absoluto ceder e deixar-se conduzir pela vontade do povo, por meio de seus representantes, para a criação de delitos e penas”. Essa violação ao princípio da legalidade manifesta-se principalmente com a criação de tipos penais vagos ou demasiadamente abertos.

Nesse sentido, cabe mencionarmos o tipo penal previsto no parágrafo único do art. 4º da Lei n. 7.492/1986, que reprovava a conduta de gerir uma empresa de maneira “temerária”,

¹⁴⁷ *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 73/74.

¹⁴⁸ Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento. *Willful blindness: dolo without knowledge*. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. São Paulo, v. 4, p. 109-131, out.-dez. 2020, p. 123.

¹⁴⁹ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 75.

termo demasiadamente vago, que permite uma ampla gama de incidência. Caberá ao intérprete definir o que é temerário, gerando insegurança jurídica, conforme escreve André Luís Callegari:

“Ocorre que essas cláusulas abertas como o tipo penal que prevê a gestão temerária (art. 4.º), supõe uma desmedida amplitude e incorreção do preceito que contém. Assim, a redação de tipos penais abertos como o de gestão temerária choca frontalmente com os princípios básicos do Direito Penal e que também se encontram reconhecidos na Constituição Federal (LGL\1988\3), como é o caso da legalidade. O termo utilizado pelo legislador também entra em contradição com os princípios de segurança e de taxatividade jurídicas, já que deste modo supõe que o julgador tenha que penalizar qualquer comportamento que tenha como finalidade gerir temerariamente uma instituição, sem, ao menos, deixar claro o que seja tal temeridade, aliás problemática afeita aos tipos penais abertos”¹⁵⁰.

O direito penal na sociedade de risco, além de ineficiente no seu propósito, seja a proteção subsidiária de bens jurídicos ou dentro da lógica de proteção de expectativas sociais reafirmando a vigência da norma (contrarreação ao delito), reforça o aspecto simbólico da tutela penal contemporânea, baseada principalmente na ideia de prevenção. Esse fenômeno gerará um fenômeno denominado antecipação da tutela penal, com a tipificação de atos meramente preparatórios. Sobre o tema escreve Pablo Rodrigo Alflen da Silva:

“Diante disso, fica claro que os diversos aspectos que resultaram no “discurso social do risco”, intermediados através deste, levaram ao discurso jurídico-penal e político-criminal do risco. Contudo, o que fica mais claro é o fato de que o direito penal não representa o instrumento mais adequado com o qual se pode reagir aos riscos, senão, segundo Prittwitz, ele mesmo é visto como um risco na medida em que se converte em um direito penal do risco, pois, *adaptando-se à ótica da sociedade do risco, o direito penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção, e para responder a esta sociedade insegura o direito penal recebe ainda uma função simbólica*. Em outras palavras, se se analisar os fins aos quais o “direito penal do risco” pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, por um lado, *a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, transpondo-os à linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma. E paralelamente à racionalidade do risco – como criadora e ao mesmo tempo eliminadora dos riscos – a sociedade do risco*”¹⁵¹ (grifos nossos)

Outro fator que desencadeou essa expansão do direito penal e o consequente aprofundamento do seu caráter simbólico é o descrédito social nas instâncias de proteção.

¹⁵⁰ Gestão temerária e o risco permitido no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 837, p. 409-416, jul. 2005, p. 410-411.

¹⁵¹ Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 46, p. 73-93, jan.-fev. 2004, p. 77.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁵², há uma expectativa social materializada pela norma. E, uma vez que é quebrada, esse valor gera uma angústia, que obriga a criação de mecanismos de proteção desses valores ou sua redefinição. Essa ruptura dos valores definidos pelo “pacto social”, na visão daqueles que adotam a teoria contratualista, ou mesmo a mudança dos valores da classe dominante, segundo uma visão não contratualista ou conflitiva, pode gerar dois efeitos: a redefinição normativa dos conceitos ou uma reação sistêmica incisiva na tentativa de preservar os valores dominantes.

A primeira solução concretiza-se com a redefinição dos conceitos clássicos e a incorporação de novas definições que melhor se adequem à nova realidade social. Citamos o exemplo do direito civil no que tange à responsabilidade civil. Sabemos que imperou durante muito tempo a noção de responsabilidade atrelada à concepção de culpa. Somente respondia civilmente pelos danos causados a outrem quem agisse com culpa.

Com o tempo, surgiu a necessidade de socializar os danos, já que os agentes econômicos produziam danos sem culpa, suportados por toda a coletividade. A poluição é um exemplo disso, essa externalidade negativa produzida pelas indústrias e fábricas era suportada por toda a coletividade, que habitava um meio ambiente insalubre.

Assim, houve uma reconstrução teórica da responsabilidade civil que passou a dar maior importância ao elemento objetivo, no caso o dano, que ao elemento anímico, a culpa. Sobre o tema, discorrendo acerca da evolução teórica do conceito de dano, escrevem Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal:

“Não exageramos ao dizer que a responsabilidade penal, de certo modo, traça um resumo cultural de uma época. Ela reflete aquilo que entendemos por dano. A difícil separação entre o que deve e o que não deve ser reparado ou compensado. O discurso humano nem sempre vê os danos do mesmo modo. Circunstâncias e valores ético-culturais definem o que determinada comunidade enxergará como dano (o permanente desafio de distinguir danos triviais daqueles injustos). Neste contexto, nas sociedades de risco, há uma constante reavaliação daqueles riscos que são socialmente aceitáveis. Assim, “a medida que avança, novas descobertas são reveladas, tornando potencialmente nocivas práticas antigas já permitidas”. Enfim, o que antes, na linha do tempo, não era indenizável, hoje pode ser. Observamos, no século XXI, a ampliação dos danos indenizáveis. Se não podemos aplaudir todos os chamados novos danos, devemos, por outro lado, louvar a sensibilidade na proteção das situações jurídicas existentes”¹⁵³.

¹⁵² *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 77-88.

¹⁵³ *Manual de direito civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 888.

A outra consequência desse descrédito nas instâncias de proteção é o endurecimento dos meios de controle estatal, exercido principalmente pelo direito penal. Com isso, são criadas leis penais mais gravosas e tipos penais com cominação de penas corporais mais pesadas. É um fenômeno grave, que promove a expansão da tutela penal e a redução de garantias penais e processuais penais, conforme avalia Jesús-María Silva Sánchez:

“O resultado é desalentador. Por outro lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. Pois ocorrem fenômenos (os chamados “macroproblemas”: grandes questões sociopolíticas) cujo caráter macroscópico, estrutural ou sistêmico faz com que – e a ainda que se possa identificar neles uma natureza globalmente “criminal” – o Direito Penal não se constitua – então conceitualmente – no mecanismo adequado para uma abordagem razoavelmente satisfatória dos mesmos. O debate acerca da *Zukunfts-sicherung*, isto é, da atribuição ao Direito Penal da responsabilidade de proteger os interesses fundamentais das gerações futuras sobre a Terra, é um exemplo suficiente ilustrativo a esse respeito. Mas podem ser mencionados outros que realçam o modo pelo qual, em geral, se trata de remeter ao Direito Penal as grandes questões do funcionamento da comunidade como tal, questões que, em última análise, nem as instituições políticas nem os grupos sociais são capazes de resolver”¹⁵⁴.

Além dos fatores que contribuíram para a expansão do direito penal, outro aspecto fundamental para esse fenômeno foi a mudança do pensamento dos políticos defensores da linha marxista. Antes contrários à tutela penal, passaram a adotar uma linha muito mais próxima do abolicionismo, para tutelar os grupos vulneráveis, visão mais próxima do punitivismo.

Maria Lúcia Karam aponta um distanciamento dos criminólogos críticos e penalistas progressistas de uma visão mais ligada à concepção abolicionista e a aproximação de um posicionamento voltado ao endurecimento das leis penais, visando combater os crimes do colarinho branco e condutas que violem os direitos das minorias e da coletividade:

“Distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultado das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista, aqueles amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar

¹⁵⁴ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 79.

inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade dourada, mais especificamente aos abusos do poder político e do poder econômico”¹⁵⁵.

Conforme ressalta Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁵⁶, a visão de Marx sobre o direito penal e o crime é oriunda das classes dominantes, que utilizam essa ferramenta para controlar as classes dominadas, ou seja, o proletariado. Na visão originária do marxismo, não há função protetora de bens jurídicos na incidência do direito penal, mas um papel de controle social, utilizado pelas camadas dominantes em detrimento dos dominados. Nesse contexto, podemos afirmar que a visão marxista se aproxima da concepção abolicionista no que tange às finalidades da pena.

A nova forma de pensar dos criminólogos ditos de esquerda se aproxima mais das linhas punitivistas. Os novos “gestores da moral coletiva”, expressão utilizada por Jesús-María Silva Sánchez¹⁵⁷, defenderam o emprego massivo do direito penal para resguardar os valores da visão da esquerda, como por exemplo os direitos LGBT, os direitos das mulheres, os direitos transindividuais, como o meio ambiente, o combate ao racismo e o enfrentamento à prática de corrupção e crimes contra a administração pública.

Essa linha de pensamento terá como principal foco, porém não único, os crimes do colarinho branco. Tentando demonstrar que o direito penal também incidia sobre os mais ricos, países que tiveram governos tidos como de esquerda (nesse caso, podemos incluir o Brasil, apesar de ressalvas quanto aos governos liderados por Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff terem adotado de fato ou não políticas de esquerda) utilizaram-se do discurso de combate à corrupção e promoveram reformas penais que flexibilizaram garantias penais e processuais penais.

Para mera ilustração, podemos mencionar que, durante o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, houve a entrada em vigor da Lei n. 12.324/2010, que aumentou para 3 anos o prazo prescricional dos crimes cuja pena tenha sido fixada em um patamar inferior a 1 ano e determinou que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de desprovido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, dificultando a operação da prescrição.

¹⁵⁵ *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996, p. 79-80.

¹⁵⁶ *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 265.

¹⁵⁷ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 80.

Não obstante a discussão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mencionada norma, o projeto de lei que a originou foi apresentado pelo deputado federal petista Antônio Carlos Biscaia. Na justificativa, expôs o parlamentar:

“Pior, os grandes ataques ao patrimônio público, como temos visto ultimamente, dificilmente são apurados na gestão do mandatário envolvido, mas quase sempre acabam descortinados por seus sucessores. Assim, nesse tipo de crime específico, quando apurada a ocorrência de desfalque do erário, até quatro anos já se passaram, quando, então, tem início uma intrincada investigação tendente a identificar os protagonistas do ilícito penal, o que pode consumir mais alguns anos, conforme a experiência tem demonstrado. Outrossim, o instituto em liça é potencial causa geradora de corrupção, podendo incitar autoridades a retardar as investigações, providências, ou decisões, a fim de viabilizar a causa extintiva da punibilidade”¹⁵⁸.

Esse é um dos diversos exemplos que poderiam ser mencionados de legislações aprovadas e sancionadas durante os governos petistas (ditos de esquerda) que expandiram a incidência do direito penal. Porém, cabe ressaltar que isso não reduziu os crimes do colarinho branco nem afastou a seletividade do direito penal, que só incidiu durante esse período para atender aos interesses dos detentores do poder. Além disso, o agravamento das leis penais acaba atingindo diretamente os economicamente vulneráveis, aqueles que frequentam os corredores dos fóruns criminais, segundo as ponderações de Maria Lúcia Karam:

“Este histórico e irracional combate à corrupção, reintroduzindo o pior do autoritarismo que mancha a história de generosas lutas e importantes conquistas da esquerda, se faz revitalizador da hipócrita prática de trabalhar com dois pesos e duas medidas (o furor persecutório volta-se apenas contra adversários políticos, eventuais comportamentos não muito honesto de companheiros ou aliados sempre sendo compreendidos e justificados) e do aético princípio dos fins justificam os meios, a incentivar o rompimento com históricas conquistas da civilização, com imprescindíveis garantias das liberdades, com princípios fundamentais do Estado de Direito. 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 utilizaram de mecanismos de defesa, frequentemente propondo como solução a retirada de direitos e garantias penais e processuais penais, 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

¹⁵⁸ Antônio Carlos Biscaia. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7341302FCE8B85929513B0940D16A16.proposicoesWebExterno1?codteor=144916&filename=Tramitacao-PL+1383/2003. Acesso em: 18 out. 2021.

da Justiça Criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta”¹⁵⁹.

Todos os aspectos sociológicos apontados, somados a essa mudança da criminologia crítica na forma de pensar o direito penal – não mais como um instrumento que agrava a desigualdade social devido à sua seletividade, mas enquanto ferramenta para reafirmar os valores defendidos pela esquerda, fenômeno que se concretizou principalmente com a ascensão ao poder da esquerda (Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff, no Brasil, Cristina Elisabet Fernández de Kirchner, na Argentina, Hugo Rafael Chávez Frias e Nicolás Maduro Moros, na Venezuela, e Evo Morales, na Bolívia) – incrementaram ainda mais a expansão da tutela penal e, por consequência, o direito penal simbólico. Com visão semelhante, Maria Lúcia Karam:

“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, com o desmoronamento das traduções reais do socialismo, não mais têm exigida a demonstração de sua superioridade democrática. O quadro vivido neste novo tempo, proporcionando campo extremamente fértil para a intensificação do controle social, proporciona e alimenta o crescimento da demanda de maior repressão, de maior rigor punitivo, de maior intervenção do sistema penal, trazendo desmedida ampliação do poder punitivo do Estado”¹⁶⁰.

Além disso, podemos utilizar o raciocínio de Juarez Tavares¹⁶¹ ao explicar o aumento dos tipos penais omissivos, associando esse fenômeno à crise do Estado Social. Os governos com pensamento político marxista, na prática, acabaram não atendendo às demandas sociais nem promoveram uma significativa transformação social, adotando muitas vezes políticas neoliberais. Assim, com essa omissão do Estado, os governantes de esquerda utilizaram da mesma ferramenta que antes repudiavam, o direito penal simbólico. Mariana David German e Victor Sugamoto Romfeld contribuem com o debate:

“Todavia, não se pode negar que a criminalização possui um forte efeito simbólico, na medida em que confere àquele que sofre algum tipo de violência o *status* de vítima, promovendo o reconhecimento jurídico de sua situação, bem como canaliza suas justificáveis pulsões de vingança. Assim

¹⁵⁹ *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996, p. 80.

¹⁶⁰ *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996, p. 90.

¹⁶¹ *Teoria dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 41.

se retroalimenta o mito de que criminalizar é resolver situações conflituosas (ZAFFARONI; BATISTA, p. 53-54). O efeito simbólico da criminalização cria no público uma momentânea sensação de reconhecimento e de proteção por parte do Estado, mas não tem o poder de efetivamente proteger bens jurídicos ou prevenir a criminalidade. De modo contrário, tal sistema possui o efeito latente de aumentar o controle penal e legitimar mais demandas de aumento da repressão penal”¹⁶².

Diante do exposto no estudo deste fenômeno, para a compreensão do direito penal simbólico, é importante analisar, ainda que brevemente, os denominados “crimes do colarinho branco”.

O tema é rico em debate, pois o mote da criminalidade do colarinho branco afeta a consciência social. Por isso, mesmo aqueles que antes defendiam vertentes abolicionistas por atribuir ao direito penal a função de exercício de poder e ferramenta de controle social, incidindo somente sobre as camadas sociais oprimidas, passaram a defender um enrijecimento das normas penais e o uso do direito penal simbólico como fonte legítima de garantia da eficácia da norma. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre e Ana Elisa Liberatore S. Bechara analisam o contexto:

“Não há dúvida de que as características históricas e atuais de cada país condicionam os elementos da respectiva corrupção. Assim, por exemplo, os momentos de maior investimento econômico ou em geral de maior intervenção do Estado possibilitam um aumento das condutas de corrupção, o que é favorecido em muitos casos pela abundância de burocracia. De outro lado, as situações de crise econômica criam uma resposta social de maior reprovação à corrupção, resposta essa que, em situações extremas, pode levar inclusive ao questionamento do próprio sistema político, abandonando-se posições anteriores de tolerância e propondo-se com caráter geral a falta de legitimidade de quem detém o poder político. Todos esses elementos fazem com que a resposta penal frente à corrupção seja um autêntico laboratório no que tange aos fins da pena, especialmente para proporcionar argumentos a quem, como nós, questiona a prevenção geral positiva, com seus potenciais efeitos de Direito Penal simbólico, exteriorizados muitas vezes na realidade dos processos de criminalização secundária ou na realidade da aplicação do ordenamento jurídico-penal aos delitos que exteriorizam a corrupção”¹⁶³.

Os crimes de classe alta têm um perfil de delitos que raramente são atingidos pela máquina de persecução penal, porém, isso não significa que sejam praticados com menor intensidade. O crime existe e é cometido da mesma forma, em termos quantitativos, que os crimes mais corriqueiros na prática forense. A única conclusão a que podemos chegar é que a

¹⁶² Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, ano 2017, p. 418.

¹⁶³ TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O controle da corrupção: a experiência espanhola. *Revista dos Tribunais*, v. 947, p. 359-383, 2014, p. 360.

cifra negra e a cifra cinza desses delitos são muito maiores do que as dos crimes praticados pela camada social menos abastada.

O tema dos crimes cometidos pelas camadas sociais mais abastadas – entre eles, a sonegação fiscal e a fraude tributária (Lei Federal n. 8.137/1990), os crimes contra a administração pública cometidos pelos integrantes da alta cúpula da administração pública, e ainda os crimes ligados ao empresariado, como os falimentares (artigos 168 a 178 da Lei Federal n. 11.101/2005) – é muito rico em debate, pois está ligado ao crime do colarinho branco, que afeta a consciência social e gera repercussão.

Nesse tipo de crime, inclusive, há uma forte incidência do direito penal simbólico, verificando-se incremento no direito penal como uma tentativa de demonstrar que o Estado combate não só os crimes de colarinho azul (crimes cometidos pelos economicamente hipossuficientes, como o furto, o roubo, a extorsão mediante sequestro e o crime de tráfico de entorpecentes), mas também aqueles cometidos pelos mais ricos.

A sistematização do tema no campo da criminologia foi defendida pela primeira vez por Edwin Sutherland, em 1939, em uma conferência perante a Sociedade Americana de Sociologia. Essa visão criminológica, que também havia seguido as formas da relação entre crime e pobreza, conquistada especialmente pela teoria ecológica de Park e Burgess, mudou, em razão da desorganização social e da análise geográfica da cidade.

Em 1940, em seu artigo *White collars crime*, Edwin Hardin Sutherland percebeu que as teorias existentes sobre o crime não eram teorias gerais. Faltava uma análise de todos os estratos sociais; para além disso, eram utilizadas estatísticas oficiais, que nem sempre eram verdadeiras. Devido à falta de dados e à dependência das informações oficiais, o autor acrescentou elementos para investigar as causas do crime, verificando não apenas as áreas de pobreza e os pobres, mas também o crime de empresários, políticos e outros da classe socioeconômica superior.

A ligação com essa linha de pensamento levou a teorias formuladas antes do paradigma da reação social, como as das escolas clássica e positivista. Ambas sugeriam que o crime era causado por fatores patológicos que podiam ser diferenciados em fatores sociais e pessoais. Para a teoria da associação diferencial (ou etiquetamento social), ou ainda *labeling approach*, a criminalidade não poderia mais ser vista sobre o aspecto de patologia individual, conforme defendido pela escola positivista de Lombroso, ou sociológica, como defendido por Enrico Ferri.

O grande mérito de Sutherland foi ter iniciado o estudo da delinquência nas camadas mais ricas da sociedade, desenvolvendo a teoria da associação diferencial. Logo, segundo a sua

visão, o criminoso não nasce com essa característica, mas a desenvolve com o aprendizado em sociedade. Sobre o tema, importantes as lições de Sérgio Salomão Shecaira:

“Sutherland tem como um de seus principais precursores o jurista e sociólogo francês Gabriel Tarde (1843-1904). Tarde afirmava que o delinquente era um tipo profissional que necessitava de um aprendizado, assim como todas as profissões precisavam de um mestre. “Todo comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é a sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação”. Afloram de tal pensamento as chamadas leis da imitação. Para ele, as classes sociais exercem uma influência sobre as outras, assim como os camponeses imitam as atitudes dos cidadãos. A imitação decorre, ademais, do grau de intimidade dos contatos interpessoais. Assim, ninguém nasce criminoso, mas o delito (e a delinquência) é o resultado de socialização incorreta. *Não há, pois, “herança biológica”, mas sim um processo de aprendizagem que conduz o homem à prática dos atos reprováveis*”¹⁶⁴. (grifo nosso).

Do trecho transcrito, concluímos que a teoria construída por Sutherland foi muito influenciada pelo sociólogo francês Jean-Gabriel de Tarde, que desenvolveu a teoria da lei da imitação, que tem como principal fundamento a análise das relações entre o indivíduo e a sociedade. Sob esse entendimento, a dinâmica social ocorreria como um fenômeno intercíclico, pelo qual todas as condutas sociais se dariam por imitação, pela repetição das condutas, e sua difusão na sociedade aconteceria por meio de um fenômeno psicológico.

Na visão de Jean-Gabriel de Tarde,¹⁶⁵ todos nós, consciente ou inconscientemente, imitamos as condutas sociais. Assim, para a teoria do etiquetamento social, era necessário criar leis de imitação e analisar o infrator como um profissional, que leva tempo para aprender a “profissão”, como em outras existentes. A imitação desempenha um papel muito importante no processo de formação dos criminosos, afinal, certas formas de comportamento que começam como moda tornam-se práticas diárias imitando outras pessoas. O atraso, portanto, é o resultado de uma socialização errada.

Essa visão criminológica analisa as formas de estudo do comportamento criminoso e sua dependência das diversas associações diferenciais de uma pessoa com outras pessoas ou grupos de pessoas.

Em sua obra, o autor faz uma crítica sórdida às teorias comuns de comportamento criminoso baseadas em condições econômicas (pobreza), psicopatológicas ou sociopatológicas

¹⁶⁴ *Criminologia*. São Paulo: RT, 2011, p. 209.

¹⁶⁵ TARDE, Jean-Gabriel de. *As leis sociais*. Esboço de uma sociologia. Trad. Mauro Guilherme Pinheiro Koury, realizada em três partes, a partir do livro de Gabriel Tarde, *Les lois sociales*. Esquisse d’une sociologie. Paris, Alcan, 1898. O texto completo em francês foi publicado em RBSE v. 3, n. 8, ago. 2004. As partes I e II da tradução foram publicadas, respectivamente, na RBSE, v. 3, n. 9, dez. 2004 e v. 4, n. 10, de abril de 2005, p. 207-211.

no crime do colarinho branco. Sérgio Salomão Shecaira¹⁶⁶ sublinha que a teoria da associação diferencial tem como fundamento epistemológico a teoria da comunicação.

A primeira característica essencial da teoria da associação diferencial é que a conduta delitiva é um comportamento aprendido socialmente. Esse processo de aprendizagem, na visão de Sutherland, ocorre no dia a dia, com a comunicação social.

Trata-se de uma comunicação que ocorre, primeiramente, no ambiente mais íntimo do indivíduo, no âmbito familiar ou entre grupo de amigos. Assim, quanto mais íntima a relação, maior é a influência sobre o indivíduo. Alfonso Serrano Maíllo e Luiz Regis Prado acrescentam:

“Essas teorias insistem, então, no papel que os grupos de iguais desempenham na infração das normas. Entretanto, o fato de que os jovens delinquentes tendem a se relacionar com outros jovens que também são delinquentes – e isso ocorre, ainda que em menor medida, no caso dos adultos – pode receber diversas explicações, nem todas elas consistentes com as hipóteses dessa teoria. Como acontece muitas vezes em Criminologia, a disputa não se centra tanto nos fatos, que são aceitos majoritariamente, mas em sua interpretação. Assim, seguindo Elliott e outros, existem diversas formas em que essa correlação pode ser explicada”¹⁶⁷.

A aprendizagem da conduta delitiva envolve seu *modus operandi*. Por exemplo, o crime de lavagem de dinheiro ocorre quando os “doleiros” aprendem a remeter o dinheiro (produto de crime), por meio de transferências de valores entre contas e aplicações financeiras para o exterior, de maneira elaborada, camuflando, assim, a sua origem.

Outro aprendizado adquirido pelo criminoso, segundo a teoria da associação diferencial, é sobre a justificativa ou a racionalização da prática do delito. Nesse ambiente, o indivíduo aprende com os demais que há uma justificativa plausível para a prática da conduta socialmente reprovável, o que também é uma criação social (o indivíduo pensa que age legitimamente).

Esse, aliás, é um ponto importante nos estudos desenvolvidos por Hanna Arendt sobre os motivos que ensejaram o regime nazista. Hanna Arendt, ao desenvolver seu trabalho estudando o comportamento e entrevistando o oficial nazista Adolf Eichmann enquanto estava preso, conclui que o oficial, embora tivesse plena consciência das consequências de seus atos, achava que não estava praticando nenhuma conduta ilegal:

“Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não judeu – nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem

¹⁶⁶ *Criminologia*. São Paulo: RT, 2011, p. 209.

¹⁶⁷ *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 274.

para matar fosse um judeu fosse um não judeu; simplesmente não fiz isso; ou como confirmaria depois [...] não deixou nenhuma dúvida de que teria matado o próprio pai se houvesse recebido uma ordem nesse sentido. [...] A acusação deixava implícito que ele não só agira conscientemente, coisa que ele não negava, como também agira por motivos baixos e plenamente consciente da natureza criminosa de seus feitos”¹⁶⁸.

Como se percebe do asserto descrito, Hanna Arendt chega à mesma conclusão que a teoria da associação diferencial, a de que uma pessoa, para se tornar um delinquente, não precisa ser portadora de alguma patologia psíquica ou possuir uma personalidade naturalmente sádica ou cruel. Assim, tanto para Hanna Arendt como para Sutherland, qualquer indivíduo pode aderir ou praticar condutas moralmente reprováveis e considerá-las questões meramente burocráticas.

Podemos exemplificar esse fenômeno com a chamada “teoria da graxa sobre rodas”, que expõe algumas espécies de corrupção como um instrumento de fomento da economia. Essa ideia foi inicialmente levantada por Samuel P. Huntington, que comparou a administração pública com uma engrenagem. Assim, para o bom andamento dessa engrenagem, precisa ser colocada graxa para o funcionamento adequada do maquinário. Essa função seria desempenhada pela corrupção, que, na visão de Samuel P. Huntington, supera a barreira criada pela burocracia e contribui para o bom andamento da economia e da sociedade. Cláudio Weber Abramo pondera sobre essas colocações:

“Antes de 1978, fora menções anedóticas às *Vidas dos Césares*, de Suetônio (séc. I d.C.), a corrupção era tratada na literatura acadêmica um tanto de passagem. Economistas inclinados para a modelação dedicavam-se a estudar os efeitos do desequilíbrio de informação em leilões (a propinagem traria tal desequilíbrio), mas os estudos do impacto da corrupção sobre a economia eram muito raros. A maioria dos economistas tendia a considerar que a corrupção é uma ‘graxa’ que lubrifica a economia, uma acidentalidade pouco importante na ordem das coisas e para alguns benéfica para a eficiência econômica. Em 1978, Susan Rose-Ackerman publicou seu *Corruption: a study in political economy*, em que argumenta que o papel e o impacto da corrupção sobre a economia e as organizações políticas são mais extensos e profundos do que até então se sustentava. O surgimento do trabalho de Rose-Ackerman foi um divisor de águas. A partir daí, declinou a popularidade da interpretação da corrupção como lubrificante benéfico para a economia e passou a prestar mais atenção aos prejuízos que ela traz à eficiência econômica”¹⁶⁹.

No mesmo viés, Susan Rose-Ackerman, ao analisar os resultados da corrupção em países sem grande expressão econômica, concluiu:

¹⁶⁸ *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 33-37.

¹⁶⁹ Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 73, nov. 2005, p. 33-34.

“[...] a corrupção é comum tanto nos países em desenvolvimento quanto nos industrializados. Mas será que ela deve ser motivo de preocupação? Alguns países com fama de muito corruptos tiveram altas taxas de crescimento econômico. Na Indonésia, na Tailândia e na Coreia, a corrupção e o crescimento caminharam lado a lado. Talvez os países pobres e em fase de transição não devam se preocupar com a corrupção generalizada ao planejar políticas de reformas econômicas. Talvez os países vitimados pela corrupção e os altos índices de crescimento devam simplesmente aceitar o desvio de verbas como algo normal”¹⁷⁰ (*apud* KIMBERLY ANN, 2002, p. 61)

Portanto, os teóricos mencionados entendem a corrupção como algo normal, uma vez que o suborno minimiza o tempo de espera daqueles dispostos a pagar para obter bens e serviços. É uma situação que Sutherland colocaria como aprendizagem da racionalização da prática do crime de corrupção. O sujeito passa a acreditar na lógica que justifica o injustificável, ou seja, condutas social e moralmente reprováveis (como no caso da corrupção) passam a ser justificáveis. Na teoria da associação diferencial, essa ideia é socialmente transmitida para o criminoso, que assimila essa lógica.

A teoria da associação diferencial defende que o criminoso somente pratica a conduta típica quando as vantagens decorrentes da violação da norma superam eventuais desvantagens no caso de aplicação de sanções estatais. Percebe-se que Sutherland se vale de um raciocínio utilitarista, pelo qual o indivíduo calcula as vantagens e as desvantagens de se violar a norma estatal. É o que analisa Sérgio Salomão Shecaira:

“Uma pessoa se converte em delinquente quando as definições favoráveis à violação da norma superam as definições desfavoráveis. Este é o princípio da associação diferencial. Quando uma pessoa se torna autora de um crime, isto se dá pelos modelos criminais que superam os modelos não criminais. Os princípios do processo de associação diferencial pelo qual se desenvolve o comportamento criminoso são os mesmos que os princípios do processo pelo qual se desenvolve o comportamento legal, mas os conteúdos dos padrões apresentados na associação diferem. Por essa razão, tal processo de interação chama-se associação diferencial. A associação, que é de primordial importância no comportamento criminoso, é a associação de pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático”¹⁷¹.

Como a teoria da associação diferencial foi, em princípio, um complemento à teoria ambiental, sabe-se que a Escola Criminológica de Chicago utilizou dados baseados na justiça criminal, criando assim um vínculo entre crime e pobreza e, portanto, uma dependência da

¹⁷⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002, p. 62.

¹⁷¹ *Criminologia*. São Paulo: RT, 2011, p. 211.

pesquisa. A teoria da associação diferencial também utilizou os dados, logo, precisa ser reformulada após o “crime do colarinho branco” para se adequar a uma nova visão do crime de alto nível e, assim, explicar o crime de acordo com a associação diferencial.

Com base nessa visão, as associações diferenciais, como o meio de comunicação entre os indivíduos de determinado grupo social, podem variar conforme a intensidade, a duração, a prioridade e a intensidade. Segundo Luiz Regis Prado e Afonso Serrano Maíllo:

“A associação diferencial é o princípio de exposição a definições favoráveis ou desfavoráveis à infração ou respeito da lei. O balanço dessas definições influi na criminalidade dos sujeitos. Por exemplo, se um jovem se vê principalmente exposto a definições favoráveis à infração da lei, então haverá certa tendência para o delito. A exposição a essas definições tem lugar, principalmente, como no caso de Sutherland, nos grupos mais próximos ao sujeito – os grupos primários –, como é o caso da família ou amigos. Akers insiste nesses grupos não só porque expõem o indivíduo às definições de referência, mas porque também lhe propõem modelos a imitar e o submetem a um processo de fortalecimento diferencial. Junto aos grupos primários, também influem grupos de referência mais distantes, com os quais o jovem pode se identificar, e até meios como a televisão ou o cinema. As associações podem ser mais influentes nos seguintes casos: 1. quanto mais cedo apareçam na vida das pessoas (prioridade); 2. quanto mais durem no tempo (duração); 3. quanto mais vezes ocorram (frequência); e 4. quanto mais próximas ou importantes sejam para o indivíduo as pessoas envolvidas na comunicação das definições (intensidade)”¹⁷².

Outro fator essencial para o surgimento do criminoso habitual conforme a teoria da associação diferencial é o conflito cultural. Em outras palavras, cria-se um sistema de crenças e valores cuja origem está no processo de interação entre as pessoas que ocupam posições semelhantes na estrutura social. Na visão de Sutherland, essa cultura criminosa existe assim como a cultura legalmente estabelecida pelo Estado, e por vezes prepondera, principalmente perante os socialmente excluídos.

Primeiramente, é fundamental analisar o conceito de cultura, um conjunto de valores, costumes, crenças e símbolos que ganha significado em determinada sociedade, e que é assimilado e transmitido entre os membros dessa comunidade social.

Sobre o conceito de cultura, Max Weber, em sua obra “A Ética Protestante e o ‘espírito’ do capitalismo”, analisa a transformação social decorrente da ascensão do protestantismo que gerou o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, mencionando que essa transformação social levou a um novo quadro de referências, culminando no abandono do sistema mercantilista para a adoção do sistema capitalista de produção. Assim, o sociólogo

¹⁷² *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 275.

alemão afirma que os aspectos do comportamento social, historicamente moldados, formam a cultura:

“Tal conceito histórico, entretanto, na medida em que por seu conteúdo está relacionado a um fenômeno significativo em sua peculiaridade individual, não pode ser definido (vale dizer: “delimitado”) segundo o esquema *genus proximum, differentia specifica*, devendo antes ser gradualmente composto a partir de cada um de seus elementos, extraídos da realidade histórica. Daí por que a apreensão conceitual definitiva não pode se dar no começo da pesquisa, mas sim no final: noutras palavras, somente no decorrer da discussão se vai descobrir, e este será seu principal resultado, como formular da melhor maneira – isto é, da maneira mais adequada aos pontos de vista que nos interessam – o que entendemos aqui por “espírito” do capitalismo. Por outro lado, esses pontos de vista (dos quais tornaremos a falar) não são os únicos possíveis para analisar os fenômenos históricos que estamos considerando. Para esse, como para todo fenômeno histórico, a consideração de outros pontos de vista produziria como “essenciais” outros traços característicos: segue-se daí que não se pode ou não se deve necessariamente entender por “espírito” do capitalismo somente aquilo que nós apontaremos nele como essencial para nossa concepção. Isso faz parte da natureza mesma da “formação de conceitos históricos”, a saber: tendo em vista seus objetivos metodológicos, não tentar enfiar a realidade em conceitos genéricos abstratos, mas antes procurar articulá-la em conexões [genéticas] concretas, sempre e inevitavelmente de colorido especificamente individual”¹⁷³.

Importante notar que, segundo a visão de Max Weber, a cultura é uma realidade artificial construída pela ação humana. Portanto, como não é uma realidade natural, a cultura se molda com o transcorrer do tempo e as mudanças dos valores sociais. Sobre o tema, ao refletir sobre os estudos de Max Weber, Catherine Colliot-Théne descreve:

“Publicados dois anos mais tarde (1906), os Estudos críticos para servir à lógica das ciências da cultura têm por pretexto a discussão das teses desenvolvidas pelo historiador Eduard Meyer sobre a teoria e sobre o método da história para iluminar as diferentes etapas da imputação de causalidade na história (sua “estrutura lógica”). Weber apela aqui aos trabalhos de um fisiologista, Johannes von Kries, sobre a teoria das probabilidades e aos usos que lhes foram feitos por certos criminologistas e juristas. A avaliação do “significado histórico” de um acontecimento (podendo se tratar tanto da ação de um indivíduo como também de um fenômeno de maior amplitude, tal como a Batalha de Maratona, exemplo que Weber analisa) coloca, de fato, problemas análogos àqueles relativos à imputação da responsabilidade penal na esfera judicial. Weber salienta o papel que joga a imaginação teórica no procedimento da prova na história: tanto ao nível da seleção dos elementos da relação que se pretende explicar, deduzidos sobre um real no qual uma descrição exaustiva é impossível, quanto ao nível das variações (eliminação ou modificações) pelas quais o historiador submete as condições dos fenômenos que ele quer explicar com o objetivo de estabelecer a importância relativa de um ou outro desses elementos. O “significado histórico” que os historiadores da Antiguidade concordam a respeito da Batalha de Maratona

¹⁷³ WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 41-42.

advém do fato de que esta decidiu entre duas possibilidades: a de uma cultura teocrático-religiosa que teria provavelmente desabrochado sob a dominação dos Persas, e “a vitória do espírito helênico livre, voltado para os bens deste mundo, que nos legou os valores culturais que continuam a nos orientar até os dias de hoje” [ETS, p. 301]. Longe de que o “fato histórico” seja um dado imediato de uma experiência anterior de toda elaboração teórica, que, ao contrário, é repleta de teoria na medida em que o historiador só pode desenredar as relações causais reais passando pela construção, implícita ou explícita, de relações irreais (os possíveis não realizados)”¹⁷⁴.

Nessa concepção de cultura como um fenômeno social construído, a teoria do etiquetamento social abandona a percepção do crime como um fenômeno individual, inerente ao agente, e passa a estudá-lo com enfoque coletivo, conforme afirma Salo de Carvalho:

“Com a tradição do *labeling approach*, a criminologia cultural abdica da questão causal e da percepção do crime como qualidade intrínseca do autor da conduta. E para além da teoria do etiquetamento, o desviante é inserido não apenas em sua subcultura (grupo ou tribo), mas na cultura que abrange a (sub)cultura alternativa – ponto importante de reflexão é a ruptura com hierarquizações e nivelamentos entre as distintas culturas, oficiais, alternativas ou transgressoras. Se, para Becker, o desvio se traduz em ação coletiva na qual são considerados todos os envolvidos, é possível sustentar que a criminologia cultural procura entender o comportamento humano como reflexo das dinâmicas individuais e do grupo, das tramas e traumas sociais e de suas representações culturais”¹⁷⁵.

Essa subcultura representa uma solução aos problemas de adaptação para os quais a cultura dominante não oferece resoluções satisfatórias. Assim, a teoria das subculturas criminais nega que o crime possa ser considerado a expressão de uma atitude contrária aos valores e normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicas para diferentes grupos sociais (subculturas). Isso mostra que na sociedade atual, pluralista e contraditória, existem conjuntos comuns de valores e de regras sociais, mas também existem valores e regras específicas para grupos antagônicos.

Assim, o direito penal não só expressa as normas e os valores unanimemente aceitos pela sociedade, como escolhe entre valores e modelos alternativos, dependendo dos grupos sociais predominantes em sua construção (Poder Legislativo) e aplicação (Poder Judiciário, polícia investigativa e repressiva, e polícia penal no campo da execução penal).

Essa teoria tem como principal autor o criminologista estadunidense Albert K. Cohen, que em sua obra *Delinquent boys: the culture of the gang* (“Garotos delinquentes: a cultura das

¹⁷⁴ A sociologia de Max Weber. São Paulo: Vozes, 2006 (Kindle), p. 27-28.

¹⁷⁵ Antimanual de criminologia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91-92.

ganges”), de 1955, demonstra, através de pesquisa sobre a teoria de gangues juvenis, a existência de uma subcultura e seu conteúdo específico. Cohen foi aluno de Sutherland, responsável por influenciar muito do seu pensamento.

Segundo Albert K. Cohen, entre a classe trabalhadora e os adolescentes que estavam em condições de subemprego e, em geral, pobres e marginalizados, a incapacidade de adaptar-se aos padrões da cultura dominante coloca um problema de identidade e *status*. O resultado é uma subcultura de “negativismo”, “maldade”, que permite e justifica a hostilidade e a agressão contra as causas do descontentamento social.

Portanto, na mesma sociedade existem diferentes estratos, alguns mais perseguidos pelo sistema prisional do que outros, porque aqueles que escolhem valores e aplicam o direito penal usam um modelo comum apenas para alguns estratos da sociedade. Cria-se, assim, um sistema desigual baseado na falsa ideia de que existe uma sociedade única, ecumênica e fraterna na qual todas as pessoas teriam os mesmos valores e crenças, o que é culpa de um “mínimo ético” a ser respeitado para proteger o sistema de “coexistência humana” fundado em responsabilidades.

Além disso, a teoria de Richard Cloward, Lloyd Ohlin e Edwin Hardin Sutherland sobre as subculturas criminais mostrou como a distribuição desigual do acesso a meios legítimos de alcançar objetivos culturais para minorias desfavorecidas e a estratificação (divisão) de grupos sociais levariam à relativização dos valores dos grupos desfavorecidos, já que o “mínimo ético” para eles é muito diferente do “mínimo ético” dos grupos no poder. Assim, se a escolha de valores não é livre, mas feita de acordo com algumas condições sociais e comunicativas, não se pode dizer que existe uma “ética comum” de culpa, porque o que é repreensível para um grupo pode não ser para outro, destruindo a noção comum de culpa através da prevenção geral ou específica.

Finalmente, dizemos que não existe um único sistema de valores, ou um sistema de valores no qual o sujeito seja livre para se definir de acordo com uma única gama de valores escolhidos por alguém ou por um grupo social para impor a todos, afinal, o ser humano é plural. Pelo contrário, não apenas a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas dos grupos que socialmente não têm pleno acesso aos meios legítimos de alcançar objetivos institucionais geram uma pluralidade de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados ao sistema de valores e normas institucionais e caracterizados por valores, normas e comportamentos alternativos. Em conclusão, o sujeito parece querer escolher apenas o sistema de valores ao qual adere. Na realidade, as condições sociais, estruturas e

mecanismos de comunicação e aprendizagem determinam a afiliação de indivíduos a subgrupos ou subculturas, assim como a transmissão de métodos, mesmo os ilegítimos.

Por fim, Sutherland coloca a desorganização social como a causa principal para a incidência do comportamento criminoso sistemático. Segundo a teoria da desorganização social, o comportamento das pessoas é diretamente influenciado pelos vetores sociais ambientais presentes na cidade. Segundo essa concepção, quanto maior a desorganização social, maior é o nível de criminalidade local. Os lugares de desorganização social são caracterizados, entre outras coisas, pela degradação física da cidade, segregação de diferentes tipos, pobreza.

Assim, a criminalidade resulta da desorganização social, da falta de poder do Estado e da existência de áreas de pobreza, pois os lugares degradados enfraquecem as instituições sociais, como escolas, famílias, jardins de infância, delegacias e hospitais. Ela também resulta de relações interpessoais superficiais, superlotação e ausência de valores tradicionais. Essa separação do Estado e da cidade dá a impressão de falta de regras, uma condição que favorece o surgimento de quadrilhas e de grupos armados. Consequentemente, a desorganização social pode ser caracterizada de duas maneiras: primeiro, pela anomalia; segundo, pela organização de grupos conflitantes numa dada sociedade, ou seja, “pode se manifestar como uma falta de regras ou como um conflito de regras”.

Quanto ao “colarinho branco”, a teoria da desorganização social complica o controle do comportamento das empresas devido à existência de procedimentos complexos de agentes do crime e mudanças no mercado. Mudanças essas que ocorrem rapidamente, levando à perda de normas nessa forma de transformação, superando sua aplicabilidade e demandando a formulação de novas normas. Aquela norma referente ao anonimato vem dessa forma de mudança, de um sistema em que prevalece a livre iniciativa para “um sistema de coletividade privada e regulamentação estatal do desenvolvimento empresarial”. Em outras palavras, é uma antiga prática capitalista na qual há oferta quando há demanda, assim, os processos da economia são regulados, e aqueles que se opõem a essa ideologia são imputados como comunistas. A prática da livre concorrência dá lugar ao Estado social, onde o Estado é o agente da promoção social, o provedor de serviços.

Finalmente, em relação ao conflito de normas, a segunda forma de desorganização social, assim como a associação diferencial, revela incentivos para que o indivíduo aja em paralelo com o código de conduta com base na ilegalidade e nos incentivos para seguir o modelo legal na forma de uma organização favorável à violação da lei e organização, ao invés de desorganização social. Essa concepção de Sutherland empregada atualmente tem íntima

correlação com o direito penal simbólico. O emprego dos meios de comunicação de massa e a banalização da informação, com o uso de linguagem sensacionalista e de imagens fortes, criam na população a sensação de insegurança e incrementam o sentimento social para endurecer as normas penais incriminadoras:

“Uma nova leitura, mais atual, pode ser feita a partir da constatação das consequências existentes entre as pessoas e os efeitos envolventes e persuasivos da imprensa, cinema, rádio e televisão. Tais efeitos se fazem sentir mais do que qualquer domínio no que toca à delinquência juvenil. A experiência cotidiana mostra que a imitação tem, de fato, uma força poderosa sobre o crime. Casos de crimes, tratados de forma sensacionalista pela mídia, são ocasional e rapidamente reproduzidos por outras pessoas que se espelham no “sucesso” encorajador do ato criminal”¹⁷⁶.

Os crimes do colarinho branco acabam principalmente nos últimos tempos sendo objeto da expansão do direito penal simbólico. O dito combate à corrupção é utilizado como fundamento para flexibilizar direitos e garantias penais e processuais penais, seja no campo legislativo, seja no campo jurisdicional, por meio de interpretações que afastam garantias do investigado, réu ou apenado.

Para exemplificar esse fenômeno, destacamos o artigo 91-A do Código Penal, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Lei Federal n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Segundo essa nova previsão legal, a perda de bens, que representa um efeito secundário da pena, está limitada pelas garantias penais e processuais penais – nos crimes cuja pena máxima é superior a seis anos, poderá ocorrer a perda dos bens decretados perdidos se houver diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. Esse efeito secundário da pena pode atingir terceiros que não integram a relação jurídica processual penal, quando o condenado tiver transferido a titularidade do bem para terceiro a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória.

Visando combater os crimes contra a administração pública, criou-se uma figura penal absolutamente inconstitucional, primeiramente pela própria vagueza do tipo. E, como visto, esse efeito deve respeitar o princípio da taxatividade, pois se refere diretamente a um efeito da pena. Em segundo lugar, há uma clara inversão do ônus da prova, violando a presunção de inocência, prevista no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Por fim, a previsão normativa fere o contraditório e a ampla defesa, uma vez que atinge o direito patrimonial de terceiro (aquele que supostamente se beneficiou da conduta delitiva do réu), sem que esse tenha participado da relação jurídico-processual nem recebido a oportunidade de se defender.

¹⁷⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2011, p. 218.

Paulo Mario Canabarro Trois Neto assim se manifesta:

“De qualquer modo, ainda que reconhecida a função eminentemente restaurativa do confisco alargado, isso não haveria de conferir ao legislador um cheque em branco para intervenções excessivas. Note-se que o conceito de produto ou proveito de crime, ampliado especialmente para a decretação da medida do art. 91-A do Código Penal, tem uma estrutura própria das presunções absolutas. Embora a utilização dessa técnica seja permitida até mesmo na veiculação de disposições de direito penal material (BADARÓ, 2003, p. 270-271), as possíveis consequências da dispensa da relação de causalidade específica entre o crime e suas respectivas vantagens para a fruição de situações e posições jurídicas individuais constitucionalmente protegidas não podem ser descartadas. Advirta-se, ademais, que o potencial “arrecadatório” da confiscação pode estimular tentações de índole argentária por parte do Estado, agravando o perigo de violações a direitos fundamentais”¹⁷⁷.

O plano de flexibilização judicial das garantias penais e processuais penais com a finalidade de combater o crime do colarinho branco pode ser exemplificado no entendimento do Supremo Tribunal Federal, de que a interposição de Recursos Extraordinários (Recurso Especial e Extraordinário) só interfere no cômputo do termo final da prescrição da pretensão punitiva quando este supera o obstáculo do juízo de prelibação.

Assim, quando é denegado seguimento para esses recursos, segundo o entendimento da Corte, compreende-se que operou o trânsito em julgado na data considerada se esses não tivessem sido interpostos¹⁷⁸. O tema já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo em Recurso Extraordinário de autos n. 722.047: a prescrição penal é matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida a qualquer tempo.

Percebemos que a Corte, a pretexto de coibir a impunidade, principalmente nos casos de crimes cometidos por pessoas economicamente abastadas (que na prática eram assistidas por advogados mais gabaritados e tinham ferramentas para manusear as ferramentas processuais), modificou o conceito de trânsito em julgado.

¹⁷⁷ Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 177, p. 19-44, mar. 2021, p. 25.

¹⁷⁸ Neste sentido: “Embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Recurso oposto contra decisão monocrática. Não cabimento. Conversão em agravo regimental. Possibilidade. Preenchimento dos pressupostos necessários para a análise dos declaratórios como agravo regimental. Impugnação, nas razões dos embargos, dos fundamentos da decisão que se pretende infirmar. Precedente. Controvérsia decidida à luz de preceitos infraconstitucionais. Ofensa reflexa à Constituição Federal configurada. Agravo regimental não provido. Prescrição da pretensão punitiva. Matéria de ordem pública que pode ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive de ofício (art. 133, CPM). Não ocorrência. Recurso extraordinário indeferido na origem, por ser inadmissível. *Ausência de óbice à formação da coisa julgada. Condenação transitada em julgado em momento anterior à data limite para a consumação da prescrição, considerada a pena em concreto aplicada. Precedentes de ambas as Turmas. Agravo regimental não provido.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 722.047-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 08-06-2015 (grifos nossos).

Conforme conceitua Guilherme de Souza Nucci, a coisa julgada no processo penal é a sentença condenatória que pode ser alterada por ação autônoma de impugnação, no caso, a revisão criminal. Todavia, somente é possível ingressar com a revisão criminal com o encerramento do trâmite processual da persecução penal:

“Lembremos que a concretização do trânsito em julgado da sentença condenatória é requisito indispensável e fundamental para o ajuizamento de revisão criminal. Pendendo qualquer recurso contra a decisão condenatória, não cabe a admissão de revisão. Esse é o único sentido lógico que se deve dar à expressão processo findo, constante do *caput* do art. 621 do CPP, não sendo possível considerar a decisão que julga extinto o processo, sem julgamento de mérito”¹⁷⁹.

Portanto, o Poder Judiciário desvirtuou um conceito jurídico com a finalidade de evitar a operação da prescrição da pretensão punitiva e supostamente a impunidade, retirando o foco do problema, que é a ineficiência dos Tribunais Superiores em dar uma solução em tempo hábil sobre a procedência ou improcedência da pretensão punitiva estatal. Ademais, a Lei Federal n. 13.964/2019 inseriu como causa suspensiva da prescrição a pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores (o atual artigo 116, III, do Código Penal).

A entrada em vigor dessa norma só reforça a inconstitucionalidade do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, pois, além de desvirtuar o conceito de trânsito em julgado, violava o princípio da legalidade. As causas suspensivas da prescrição possuem claramente uma natureza heterotópica ou híbrida, predominantemente de natureza penal.

Assim, a norma deve obedecer a todos os princípios basilares do direito penal, entre eles, o princípio da legalidade. Não poderia o Supremo Tribunal Federal criar, como assim o fez, uma hipótese *extra legem* de suspensão da prescrição:

“O mais grave é a existência de uma “política administrativa”, inconfessada, mas adotada pelo Poder Judiciário, que recomenda aos Tribunais Estaduais e Federais Regionais dificultarem ao máximo a subida aos Tribunais Superiores desses recursos excepcionais. E, pior, referidos recursos sofrem uma dupla filtragem representada por um duplo juízo de (in)admissibilidade, tanto no tribunal de origem quanto no tribunal de destino. Embora a subida obrigatória, em decorrência do agravo de instrumento, que, via de regra, necessita de novo recurso nos tribunais superiores, chega ao relator absolutamente enfraquecido, pois com tais recursos não se admite sustentação oral e, normalmente, são fulminados monocraticamente, sem o exame adequado da matéria *sub judice*. Para concluir estas considerações, a despeito da injustiça dessa previsão legal, na dificuldade de convencer os Ministros do Superior Tribunal de Justiça a

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.032.

ampliar o número de Turmas do Tribunal da Cidadania, admitimos essa previsão legal, de suspender o curso da prescrição, como um “mal necessário”. Contudo, espera-se que essa previsão suspensiva da prescrição não leve ao aumento da rejeição dos referidos recursos, que, aliás, já é excessiva e injustificadamente elevada”¹⁸⁰.

Como visto, a expansão do direito penal com a finalidade de combater esses delitos praticados pelos mais ricos atinge também aqueles que sempre foram alvos da seletividade penal, ou seja, os economicamente hipossuficientes e os marginalizados sociais. O instrumento aplicado para relativizar as garantias penais e processuais penais utiliza técnicas de interpretação que tornam o sistema aberto e permitem ao operador do direito moldar a norma em cada caso, conforme argumenta Gustavo de Souza Preussler:

“O termo ‘dútil’ expressa o grau de capacidade que determinado material tem de se deformar até o ponto de fratura. Os neoconstitucionalistas, neopositivistas, ou todos aqueles que se dizem novos, defendem a ductibilidade, a maleabilidade. Não entenderam corretamente que alguns magistrados-paladinos, em sua cruzada moral, valem-se desses postulados para fraturar o sistema de garantias fundamentais. [...] O sistema de garantias foi tão deformado (ductibilidade exagerada) que se fraturou em outro sistema, razão pela qual há uma Petição na ONU que subscreve o jurista australiano Robert Geoffrey Robertson. Nesse documento, aponta-se para diversas violações de direitos dos acusados na Operação Lava Jato, entre eles: artigo 9 (1) e (4) – proteção contra prisão ou detenção arbitrária; artigo 14 (1) – direito a um tribunal independente e imparcial; artigo 14 (2) – direito de ser presumido inocente até que se prove a culpa por lei; e artigo 17 – proteção contra interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, família, lar ou correspondência, e contra ofensas ilegais à honra ou reputação”¹⁸¹.

Percebe-se que a radicalização do combate à corrupção acaba atingindo de maneira mais intensa o economicamente hipossuficiente, que sempre foi o alvo favorito da máquina de punição estatal. É o que explica Gustavo de Souza Preussler:

“A seletividade de determinados crimes sempre foi um tabu para o Direito Penal. Tratamos sempre o sistema penal como um verdadeiro sistema de castas. O colarinho branco não terá o mesmo tratamento do pequeno furto, até mesmo porque, recentemente, o ladrão de galinha tem uma pena de 2 a 5 anos e não tem possibilidade de efetuar uma delação premiada, conforme a Lei 12.850/2013. Isso ocorre pela continuidade de que o sistema penal continua sendo direcionado aos pobres. Simbolicamente, as grandes operações são formas de autoafirmação de pessoas com a ferida narcísica do sistema de justiça criminal. Termos como ‘impunidade’, ‘prescrição’, ‘poder pagar

¹⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.016.

¹⁸¹ Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 87-107, ano 2017, p. 104-105.

advogados caros' são recorrentes para justificar a relativização de garantias fundamentais"¹⁸².

Portanto, esse movimento de expansão do direito penal com a finalidade de combater a corrupção, na realidade, atinge muito mais aqueles que sempre foram alvos do sistema repressivo penal, ou seja, os socialmente marginalizados. Primeiramente, porque esse movimento de combate à corrupção estatal não deixou de ser seletivo. Mesmo entre os privilegiados economicamente, o sistema não atinge a todos, mas seleciona o "inimigo" que será objeto de escárnio público e degradação moral. É o que ressalta Gustavo de Souza Preussler:

"O Sistema Punitivo, em sua história e em sua permanência histórica, sempre indicou aqueles que pretendia eliminar. Assim, os critérios eram destinados pela raça, classe, orientação religiosa, crenças e atitudes (códigos, valores e sinais). Atualmente, um novo inimigo tinha que ser selecionado. Isso ocorre porque alguém deve ser o fio condutor para canalizar a pulsão vingativa do Estado, nas palavras de Eugênio Zaffaroni. A corrupção de alguns foi determinante para isso. Geralmente são selecionados por partido político, por bandeiras de proteção dos direitos dos mais pobres, pelos interesses dos mais ricos e por fatores que ainda deixam a percepção de mundo como uma sociedade de classes. Na produção dessa seletividade, primeiramente avançamos como tragédia e construímos um projeto de (des)medidas contra a corrupção na criminalização primária. A criminalização secundária já é definida pela distribuição de privilégios aos ricos delatores e pela opressão firmada contra os políticos de determinado partido. A criminalização terciária se dá pela total impunidade de delatores e a contenção de algumas pessoas condenadas não em razão das provas, mas da convicção da prática corruptora. Nesse aspecto, Juarez Cirino dos Santos menciona que a Operação Lava Jato declara a realidade de um sistema penal subterrâneo exposto concretamente pelo Direito e Processo Penal, "[...] constituindo-se num poderoso instrumento de definição do inimigo (seletividade e criminalização secundária) e de combate a ele, operacionalização esta que é conhecida pelo Direito Internacional como tática de *lawfare*, ou utilização do Direito como arma de guerra para exterminar um inimigo"¹⁸³.

Outro aspecto a ser destacado é a conclusão lógica de que os crimes denominados do colarinho branco nem sempre são cometidos por pessoas que se enquadram no perfil de Sutherland, mas também por funcionários públicos que ocupam cargos ou funções com poderes menores e possuem uma menor remuneração, ou mesmo, dentro de grandes corporações, empregados que não possuem funções de coordenação ou chefia. Exemplificamos mencionando os casos de corrupção em que soldados da polícia militar rodoviária aceitam uma

¹⁸² Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 87-107, ano 2017, p. 91.

¹⁸³ Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a Operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 134, p. 87-107, ano 2017, p. 90.

vantagem econômica indevida ínfima para não aplicar uma multa de trânsito, ou a secretária de um empresário que aceita ser “laranja” do patrão e ocultar valores oriundos de um delito para manter seu emprego.

E não são poucos os casos enumerados na prática forense criminal. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula persuasiva n. 599, que dispõe que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos em detrimento da administração pública. Esse entendimento, claramente decorrente dessa onda punitivista, acaba tornando típica a conduta que não causou lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, mas em que se presume a tipicidade material, pois o bem jurídico é abstrato ou foi abstratizado, indo de encontro ao princípio da lesividade. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a moralidade administrativa, um dos bens jurídicos tutelados pelos tipos funcionais, não tem valoração econômica, assim, não é passível de se aplicar o princípio da insignificância.

Diante das razões expostas, notamos que o combate desenfreado ao crime do colarinho branco exerce uma função preponderantemente simbólica, pois, além de não gerar o efeito pretendido, pois não afasta a seletividade do direito penal, não reduz a prática dos crimes cometidos pelos socialmente privilegiados. Na realidade, essa flexibilização tem a função de iludir a sociedade, transmitindo a falsa impressão de isonomia da aplicação da lei penal, que não deixou de incidir com mais intensidade nos socialmente excluídos e não coibiu a prática nefasta dos crimes do colarinho branco.

A conclusão é de que esse fenômeno aprofunda as desigualdades, pois as garantias daqueles que sofrem as consequências da persecução penal (incluindo os efeitos extrajurídicos, como a estigmatização social), ao serem flexibilizadas, são mais profundas em relação àqueles que não possuem as mesmas ferramentas de reação defensiva à imputação. Para essa constatação, basta analisar o instituto da colaboração premiada, utilizado para os crimes do colarinho branco, permitindo ao juiz aplicar inclusive o perdão judicial, causa extintiva da punibilidade e, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado na Súmula persuasiva n. 18, não gera nenhum efeito condenatório, nem primário nem secundário.

4.2 A globalização como fenômeno desencadeador da expansão do direito penal

Primeiramente, é importante destacar de qual fase da globalização o presente trabalho faz menção, eis que a globalização é um processo histórico. A origem da globalização, como fenômeno de integração mundial tem como origem as Grandes Navegações dos séculos XV e

XVI e o desenvolvimento do mercantilismo e a formação das colônias europeias tanto na América como na África e Ásia.

A segunda fase da globalização, ocorrida entre meados do século XIX e meados do século XX deu-se com a consolidação do imperialismo europeu e o neocolonialismo e principalmente com o desenvolvimento do capitalismo industrial.

A terceira fase estendeu-se do fim da Segunda Guerra Mundial até a desmantelamento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e tem como principal característica na bipolarização global entre o bloco capitalista e o comunista. Por fim, a quarta etapa da globalização, que se deu com a dissolução da União Soviética, e tem como característica o encurtamento das distâncias e barreiras estatais e difusão da informação de maneira dinâmica¹⁸⁴.

Fazendo referência a quarta etapa da globalização, Jesús-María Silva Sánchez¹⁸⁵ destaca que esse fenômeno influenciou a hiperbolização do direito penal é o fenômeno da globalização econômica e a integração entre os Estados-nações. O incremento da macrocriminalidade (crimes praticados por organizações criminosas nacionais e transnacionais) mostra-se evidente, principalmente com a integração social promovida pela globalização, que facilitou a troca de informações e a execução de crimes em diversos locais do mundo.

Porém, é um equívoco a noção de que a globalização econômica e social modificou apenas o *modus operandi* da criminalidade, com o emprego de meios diversos para a prática de delitos e a velocidade da difusão da informação. A globalização alterou também a estrutura social, modificando a própria concepção de delito e a forma como a sociedade enxerga esse fenômeno, que sempre existiu.

Inicialmente, partiremos de um pressuposto inegável: o delito é uma realidade artificial, ou seja, não é algo natural. É uma realidade construída pelo homem, logo, a sua concepção muda acompanhando as transformações sociais.

Um olhar atento para o passado nos leva a constatar que o direito penal (direito sancionador que pode impor restrições à liberdade individual) esteve ao longo da história ligado à moral, como nos tempos em que condutas socialmente graves eram punidas mesmo que não causassem lesão nem expusessem a perigo um bem jurídico. Com a evolução social, porém,

¹⁸⁴ SENE, Eustáquio de. Globalização e espaço geográfico. 4ª Edição. São Paulo: Contexto, 2019, posição 540. Versão Kindle.

¹⁸⁵ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 97-101.

passaram a ser penalmente relevantes apenas as condutas, comissivas ou omissivas, que ocasionassem lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico.

Nessa linha, o crime é inerente ao ser humano, não existindo na natureza algo parecido com isso. Animais matam uns aos outros sem que um grupo puna o outro em razão dessa conduta. Assim, o conceito de crime mudará com o desenvolvimento social. Sob uma perspectiva inicialmente criada pelo causalismo, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, sujeitando-se à sanção, portanto, a conduta que passar por esse filtro legal. O critério de lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico é insuficiente para afastar do campo da imputabilidade penal conduta que, a despeito de se moldar na definição de crime, não mereça a consequente reprimenda.

Já Ana Carolina Carlos de Oliveira¹⁸⁶ salienta que há uma grande dificuldade moderna para se encontrar uma justa medida de punição de atos imorais. Segundo a autora, Herbert Lionel Adolphus Hart entende que condutas imorais não poderão ser punidas sem a existência de claro prejuízo a outros, criticando o conservadorismo moral tipificado pelos ingleses, que punem imoralidades que não causem mal aos outros.

Nesse sentido, transcreve uma passagem de Herbert Lionel Adolphus Hart que menciona Stuart Mill¹⁸⁷: “O único motivo pelo qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é para impedir que ele cause mal aos outros”.

Por tempos, o direito penal condenou condutas que não eram socialmente aceitas, ou conflitavam com valores religiosos, mesmo sem nenhum prejuízo a um bem jurídico, a exemplo da antiga contravenção penal de vadiagem, antigamente prevista no artigo 60 do Decreto-Lei n. 3.688. Outro exemplo vem da Inglaterra, onde atos libidinosos com pessoas do mesmo sexo eram enquadrados como crime de sodomia. Vale ressaltar o célebre caso de Alan Turing, que recebeu o perdão real somente 59 anos depois da sua morte, em 2013.

Portanto, o crime, como uma criação essencialmente humana, transforma-se com a mudança social. Por isso, é fundamental uma análise crítica da expansão do direito penal, especialmente o exame da sociedade em que esse fenômeno está inserido. Conforme veremos

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina de. Moral, imoralidades e bem jurídico no direito penal sexual: o delito de ato obsceno. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. v. 5, n. 9, 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>. Acesso em: 08 set. 2021, p. 204.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina de. Moral, imoralidades e bem jurídico no direito penal sexual: o delito de ato obsceno. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. v. 5, n. 9, 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>. Acesso em: 08 set. 2021, p. 204.

a seguir, a globalização gerou uma sociedade líquida, histórica, altamente volátil e insegura, demandando ainda mais a incidência da tutela estatal.

4.2.1 Globalização e a expansão do direito penal: reflexos das transformações sociais pós-modernas no campo do poder punitivo estatal

Traçada a premissa de que o delito é uma concepção criada pelo homem e mutável ao longo da história, o objetivo desta seção é estabelecer uma correlação entre o inegável avanço do poder punitivo estatal e as transformações sociais ocorridas com a globalização, sob a análise do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, em especial no que diz respeito à “sociedade líquida” e ao “medo líquido”.

Primeiramente, o medo, como um sentimento natural a todos os animais, está intimamente ligado à preservação da vida e da própria espécie. É essencial para a sobrevivência, e está relacionado à própria seleção natural – seres que identificam um maior número de situações perigosas e criam medo, protegem e preservam a própria vida.

O medo já era objeto de estudo de diversos filósofos da Antiguidade, assim como continua sendo analisado por filósofos modernos. Porém, o processo de globalização e as decorrentes transformações sociais tornaram o ser humano um ser extremamente amedrontado, individualizado e destituído de sentimentos de alteridade.

Diante disso, os grandes meios de comunicação social, somados à dominação hegemônica do capitalismo excludente, criaram um sentimento geral de “medo líquido”, em que predomina a incerteza daquilo que se teme, permitindo com isso a eleição de inimigos públicos, com a flexibilização de direitos e de garantias fundamentais e a intensificação dos mecanismos estatais de repressão penal. Essa nova “banalização do mal”, com o incremento da incidência dos mecanismos penais de controle social, só é socialmente aceita porque essa nova sociedade líquida é extremamente individualista. E, nesse movimento de afastar a dignidade do outro em prol da segurança pessoal, aceita-se a flexibilização dos direitos e das garantias construídos ao longo da história.

O medo como um sentimento humano já foi objeto de análise pelos pensadores antigos. O filósofo romano Lúcio Aneu Sêneca, no século I d.C., na carta V a Lucílio, descreve o medo e a esperança como sentimentos que andam juntos¹⁸⁸, “como um prisioneiro e a escolta à qual se prendem suas algemas”.

¹⁸⁸. *Letters from a Stoic: Epistulae morales ad Lucilium*. Londres: Penguin Classics, 1969, p. 38. Tradução livre.

Assim como qualquer outra patologia, para Sêneca, o medo exagerado e a esperança desmedida eram vícios que deveriam ser sanados. A cura desses vícios seria realizada por meio da filosofia, através do raciocínio e da reflexão. O exame filosófico apresentado por Sêneca é de que medo e esperança:

“[...] pertencem a uma mente em suspense, a uma mente em estado de ansiedade por mirar sempre o futuro. Ambos são devidos principalmente à projeção de nossos pensamentos além de nós mesmos em lugar de nos adaptarmos ao presente. É assim que a previsão, a maior benção que foi dada à humanidade, é transformada em maldição. Animais selvagens fogem dos perigos que realmente vêm e, uma vez que tenham escapado, não mais se preocupam. Nós, entretanto, somos atormentados de maneira idêntica pelo que já aconteceu e o que irá acontecer. Um número de bênçãos fá-los mal, pois a memória traz de volta a agonia do medo enquanto a previsão a traz prematuramente. Ninguém confina sua tristeza ao presente”¹⁸⁹.

Outro filósofo que se dedicou a refletir sobre o tema foi Aristóteles. No livro III de “Ética a Nicômaco”, o filósofo Estagirita, ao descrever a virtude da coragem, define que essa virtude se encontra na mediana entre o medo e a autoconfiança (Sêneca denomina de esperança). Para Aristóteles:

“Já foi demonstrado que esta é a mediana no tocante ao medo e à autoconfiança. Está claro que as coisas de que são *males*, de modo que o medo é, inclusive, definido como expectativa do mal. Portanto, temos medo de todas as coisas más – *por exemplo, da má reputação, da pobreza, da doença, da falta de amigos, da morte*. Entretanto, não se pensa que todas essas coisas digam respeito ao corajoso; com efeito, há algumas coisas que é certo e nobre temer e (inclusive) vil não temer, do que é exemplo a má reputação ou ignomínia. Temê-la distingue um homem honrado e que tem senso de pudor; não a temer revela um imprudente. Há quem, todavia o chame de corajoso figurativamente, porque ele é um pouco semelhante ao corajoso no sentido de que o corajoso também é destemido (não experimenta medo)”¹⁹⁰.

Tanto no poema de Sêneca como na visão aristotélica do tema, há um ponto convergente dos pensamentos: o medo e a esperança (autoconfiança para Aristóteles) são sentimentos que retiram de alguma forma o ser humano da inércia, ou seja, o afetam. E aqui se emprega o significado apropriado para o termo “afeto”, já que para os povos que utilizam a língua portuguesa como meio de comunicação social, o significado frequentemente é interpretado como algo positivo, ligado ao amor ou à paixão. Porém, essa visão terminológica

¹⁸⁹ *Letters from a Stoic: Epistulae morales ad Lucilium*. Londres: Penguin Classics, 1969, p. 38. Tradução livre.

¹⁹⁰ *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 124.

é meramente parcial, uma vez que o verdadeiro significado de afetar é movimentar, uma atitude que provoca grande efeito na pessoa, podendo ser positivo ou negativo.

Conforme observa o filósofo holandês Baruch Spinoza¹⁹¹ em sua obra “*Ética*”, o ser humano é afetado por imagens do passado ou do futuro, as quais geram nele um sentimento de alegria ou de tristeza que atinge sua percepção da realidade. E assim define imagem de coisa passada e de coisa futura:

“Chamo uma coisa de passada ou de futura à medida que, respectivamente, fomos ou seremos afetados por ela. Por exemplo, à medida que a vimos ou a veremos, à medida que nos reconfortou ou reconfortará, à medida que nos prejudicou ou prejudicará etc. Com efeito, à medida que assim a imaginamos, afirmamos a sua existência, isto é, o corpo não é afetado de nenhum afeto que exclua a sua existência. E, portanto (pela prop. 17 da P. 2), o corpo é afetado pela imagem dessa coisa da mesma maneira que se ela estivesse presente. Como, entretanto, ocorre, geralmente, que aqueles que experimentaram muitas coisas, ao considerarem uma coisa como futura ou como passada, ficam indecisos e têm, muitas vezes, dúvidas sobre a sua realização (veja-se o escopo da proposição 44 da P.2), o resultado é que os afetos que provêm de imagens como essas não são tão estáveis, mas ficam, geralmente, perturbados pelas imagens de outras coisas, até que os homens se tornem mais seguros da realização da coisa em questão”¹⁹².

Assim, para Baruch Spinoza, a esperança é a total exclusão da dúvida, gerando segurança, e o medo é o sentimento oposto, que traz insegurança; ambos são as projeções de algo que tememos ou de algo que esperamos (dentro da concepção de recordações do passado e projeções do futuro). Nas palavras do autor¹⁹³: “A esperança é uma alegria instável, surgida da ideia de uma coisa futura ou passada, de cuja realização temos alguma dúvida. O medo é uma tristeza instável, surgida da ideia de uma coisa futura ou passada, de cuja realização temos alguma dúvida”. Essa proposição afeta o estado emocional e a visão presente do ser humano.

Por fim, conclui não existir esperança sem medo nem medo sem esperança, logo, quem está afetado pelo sentimento de esperança inegavelmente é afetado pelo medo. Nas palavras do autor:

“Segue-se, dessas definições, que não há esperança sem medo, nem medo sem esperança. Com efeito, supõe-se que quem está apegado à esperança, e tem dúvida sobre a realização de uma coisa, imagina algo que exclui a existência da coisa futura e, portanto, dessa maneira, entristece-se (pela prop. 19). Como consequência, enquanto está apegado à esperança, tem medo de que a coisa não se realize. Quem, contrariamente, tem medo, isto é, quem tem dúvida sobre a realização de uma coisa que odeia, também imagina algo que exclui a existência dessa coisa e, portanto (pela prop. 20), alegra-se. E, como

¹⁹¹ *Ética*. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook), posição 4.375.

¹⁹² *Ética*. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook), posição 4.375.

¹⁹³ *Ética*. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook), posição 5.044.

consequência, dessa maneira, tem esperança de que essa coisa não se realize”¹⁹⁴.

Assim, não existindo o absoluto, defende Spinoza¹⁹⁵, há necessidade de um equilíbrio entre o medo e a esperança, pois o excesso de medo em detrimento da esperança leva à desistência, e a exacerbação da esperança em detrimento do medo pode levar a uma autoconfiança destrutiva. Nesse aspecto, Spinoza claramente adota a visão defendida por Aristóteles. Portanto, o desequilíbrio causado pelos afetos, representações do passado e previsões do futuro otimistas ou não, acaba atingindo toda a convivência social e seus personagens.

Nessa concepção em que se considera o medo e a esperança como sentimentos capazes de ensejar transformação social, surge o fenômeno da expansão do direito penal, conforme descreve o jurista espanhol Jesús-María Silva Sánchez¹⁹⁶, que determina a adoção de leis penais na sociedade moderna sem um critério rigoroso para garantir sua efetiva implementação. Esse fenômeno em que prevalece o chamado “direito penal simbólico” emerge dessa distorção do direito penal.

Sob esse entendimento, os termos simbólicos e o simbolismo são evidentemente ambíguos. Porém, nesta dissertação, aplicamos o sentido atribuído pelo doutrinador brasileiro Marcelo Neves em seu estudo para o ingresso no cargo de professor titular da Universidade Federal do Pernambuco. Após uma profunda análise do sentido semântico do termo, delimitou seu objeto de estudo da seguinte forma:

“Evidentemente, a distinção entre função instrumental, expressiva e simbólica só é possível analiticamente: na prática dos sistemas sociais estão sempre presentes essas três variáveis. Porém, quando se afirmar que um plexo de ação tem função simbólica, instrumental ou expectativa, quer-se referir à predominância de uma dessas variáveis, nunca de sua exclusividade. Assim é que legislação simbólica aponta para a predominância, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”¹⁹⁷.

Então, o papel desempenhado por essa nova onda punitivista que assola não só os países da América Latina como também o resto do mundo tem o escopo de desequilibrar esses

¹⁹⁴ *Ética*. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook), posição 5.062.

¹⁹⁵ *Ética*. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook), p. 6962.

¹⁹⁶ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 125.

¹⁹⁷ *A Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 30.

dois afetos, criando um medo exacerbado de algo totalmente desconhecido (matéria analisada por Zygmunt Bauman), transmitindo uma falsa noção de insegurança para que as pessoas aceitem a flexibilização de garantias penais e processuais penais em prol da segurança pública. Cria também uma esperança exagerada na sociedade, que começa a acreditar que o recrudescimento das normas penais e processuais penais porá fim à prática de crimes.

Aliás, em uma análise sobre o trabalho de Spinoza no campo do direito penal, Nilo Batista conclui que ele se afasta do aprofundamento do poder punitivo estatal:

“Embora Spinoza reverbere nos textos políticos aquele viés preventivo-negativo que assinalamos na Ética (o ‘medo de um mal maior’ como dissuasão do mal) (SPINOZA, 2008, p. 238), ele se afasta por completo de um terrorismo punitivo estatal: ‘um Estado que não tem outro objetivo senão que os homens se conduzam por medo será mais um Estado sem vícios que um Estado com virtude’ (SPINOZA, 2009, p. 134). A própria eficiência dissuasiva é questionada: ‘até o medo da morte nós vemos muitas vezes ser vencido pelo desejo do que é dos outros’ (SPINOZA, 2009, p. 135)”¹⁹⁸.

Percebemos, ao analisar esses sentimentos humanos, que o emprego de ferramentas do chamado direito penal de emergência, diante de noticiários sensacionalistas, por exemplo, pressiona a atuação legislativa, que cria textos normativos cujo conteúdo semântico afronta direitos e garantias fundamentais conquistadas ao longo dos séculos. E não raramente, membros do Poder Judiciário, que deveriam antes de tudo tutelar o sujeito que sofre as consequências da persecução penal, adotam técnicas de hermenêutica que afastam princípios fundamentais das ciências criminais, em prol de um punitivismo populista, o que agrava ainda mais essa sensação coletiva de medo.

Essa situação, em que há significativa expansão do poder punitivo estatal, tem como origem diversos fatores, dentre eles, a globalização e suas decorrentes transformações políticas e sociais. A sociedade contemporânea, definida por Zygmunt Bauman como a sociedade da insegurança e do individualismo, tornou-se uma sociedade fluida, sem certezas definidas e amplamente adepta dos mecanismos de repressão penal.

Com base nessa individualidade e no completo abandono do sentimento de alteridade – visto que há um medo constante fabricado sem o conhecimento da real ameaça – indivíduos que se autodenominam “cidadãos de bem” facilmente aceitam medidas autoritárias, desumanas e contrárias a qualquer concepção de Estado Democrático de Direito, como a defesa da pena de

¹⁹⁸ Spinoza para criminalistas. Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Niterói, v. 12, n. 2, p. 211-220, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46131>. Disponível em: 28 set. 2021, p. 217.

morte, a repulsa a qualquer política pública que vise melhorar as condições dos presídios e a defesa da majoração das penas previstas no preceito secundário do tipo. Esse fenômeno gera a “coisificação” do delinquente, que tem seu atributo da dignidade afastado para atender aos anseios sociais de segurança.

Mas, antes de entrarmos propriamente no tema da “sociedade líquida” e do “medo líquido”, e em sua correlação com a hiperbolização do direito penal, imperioso destacarmos o fenômeno da globalização política hegemônica e no consequente aprofundamento das tensões sociais.

4.2.2 A globalização política como um fenômeno de dominação político-cultural e o agravamento das tensões sociais

O termo globalização, além de ser polissemântico, é também multidisciplinar, envolvendo as mais diversas áreas das ciências sociais, como a sociologia, a filosofia, a economia, a comunicação social e as ciências jurídicas. Esse fenômeno é dinâmico, decorre das diversas transformações sociais ocorridas no início do mercantilismo e aprofundadas com a destituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que gerou maior propagação da informação, ampliou a circulação de bens e pessoas e, principalmente, intensificou as relações capitalistas.

Em uma peculiar visão do tema, escreve o geógrafo brasileiro Milton Santos que a globalização representou o auge do processo de internacionalização do mundo capitalista, com a unificação das técnicas de produção, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do mundo e a existência de um único movimento na história, representado pela mais-valia globalizada¹⁹⁹. Nesse processo, há, portanto, uma supremacia da lógica capitalista e, por consequência, uma imposição cultural daqueles que detêm o capital, ou seja, os países hegemônicos.

Nesse sentido, Karl Marx²⁰⁰, ao descrever o mercantilismo, o colonialismo e o imperialismo, demonstrou que a lógica capitalista de produção e de acumulação de riquezas acaba gerando essa sobreposição cultural em que os donos dos meios de produção e de riqueza – os portugueses e os espanhóis no mercantilismo e no colonialismo, e durante o imperialismo, com os britânicos, os franceses e os holandeses – impõem seus valores aos demais. Nesse

¹⁹⁹ SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura. *Território, globalização e fragmentação*. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 18.

²⁰⁰ *O capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013 (Kindle), p. 860-861.

sentido, na visão marxista, o capitalismo tem como consequência a quebra de barreira entre os povos, com a imposição dos valores culturais das potências econômicas; quanto mais desenvolvido esse sistema capitalista, maior é a imposição hegemônica dos valores culturais dos detentores do capital.

Essa imposição cultural pelas potências hegemônicas se agravou com a crise do Estado de Bem-estar Social. Na década de 1970, sob o comando dos presidentes americanos Richard Nixon e Ronald Regan, e da primeira-ministra britânica Margaret Thatcher, implementou-se uma nova ordem mundial, o neoliberalismo, que defendeu a diminuição da atuação do Estado no fomento da economia, impondo tal obrigação aos países subdesenvolvidos, por meio do Banco Mundial e do FMI. Além disso, obrigou esses países a estabelecerem políticas de livre mercado, facilitando a comercialização internacional de produtos e serviços.

A consequência lógica dessa política não poderia ser outra. Ao obrigar os Estados emergentes a abandonarem políticas progressistas baseadas no keynesianismo para adotar políticas de total abstenção e promover um cenário comercial de igualdade quando há um notório desequilíbrio entre os negociantes, o resultado foi o crescimento das desigualdades sociais nos países subdesenvolvidos e o aprofundamento do conflito e da violência. Nesse contexto, a geógrafa brasileira Maria Adélia Aparecida de Souza complementa:

“Eis a síntese do desafio, eis o sistema mundo. Sistema que está longe de alcançar um equilíbrio, como se acreditava até bem pouco tempo, em nossa história recente. Olivier Dollfus (1991) propõe e desenvolve essa discussão – “o sistema mundial não pode ser equilibrado” – produz *Geografias da Desigualdade*. O fim da guerra fria, a natureza das relações da Tríade – Estados Unidos, Europa Ocidental e Japão – a crise do modelo de Estado, a limitada eficiência das grandes instâncias de regulação mundial, a amplificação das desigualdades, em todos os níveis e em todos os lugares, a velocidade da informação subvertendo os mercados mundiais (“as fronteiras se abrem aos produtos e se fecham aos homens”), a impossibilidade do funcionamento do território – o caos está em toda a parte, o rompimento entre Sistema Mundo e Sistema Terra – com implicações diretas sobre a sobrevivência dos homens”²⁰¹.

Nesse cenário, surge a primeira correlação da expansão do direito penal simbólico com a globalização. O abandono do Estado na promoção de políticas públicas gerou uma sensação de inutilidade estatal e um vazio que de alguma forma precisava ser preenchido. Assim, o Estado, para se mostrar atuante, lança mão do direito penal simbólico como sua principal ferramenta nessa empreitada.

²⁰¹ SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura. *Território, globalização e fragmentação*. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 23-24.

Essa falência do Estado, que não consegue conter a criminalidade, intensificada com o aumento da desigualdade social, somada à diminuição de gastos públicos, leva à adoção de meios que contenham uma eficácia social sem que na prática produzam algum resultado. Nesse contexto, aponta Juarez Tavares²⁰², surgiu o funcionalismo radical de Günther Jakobs e as teorias normativo-sistêmicas de Otto, que começam a analisar como legítima a criação de tipos penais simbólicos, o que se alastrou pelo mundo devido à globalização. Nos tipos penais omissivos, os efeitos são puramente simbólicos:

“Se, em seus momentos iniciais, a vinculação dos delitos omissivos à perspectiva do conceito de ação fê-lo padecer das mesmas consequências de crise dos respectivos modelos daquele conceito, agora, com a simbolização da fidelidade nos conglomerados e sua extensão aos comportamentos individuais, essa crise teórica ainda mais se acentua como subordinação ao político e ao ideológico, correspondentemente, às crises do Estado social e da globalização. Ao desumanizar-se o sentido da ordem jurídica, pela eliminação do sujeito de suas relações, mais ainda se intensifica a insubsistência de todos os modelos teóricos dos delitos omissivos, sob a égide dos deveres de organização”²⁰³.

Porém, não foi só o aspecto econômico e o aprofundamento das desigualdades que influenciaram o expansionismo punitivista e, consequentemente, a flexibilização das garantias penais. A globalização trouxe profundas transformações sociológicas, conforme descreve o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, ao visualizar três zonas de enfrentamento:

“A zona de contato é hoje a zona de enfrentamento de três globalizações. Tenho vindo a defender (Santos, 1995; 2002a; 2006b) que há duas globalizações: a globalização hegemónica neoliberal, a nova fase do capitalismo global, e a globalização contra-hegemónica, dos movimentos e organizações que, mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra as desigualdades, a opressão, a destruição dos modos de vida e do meio ambiente, causados ou agravados pela globalização hegemónica. A globalização hegemónica tem ao seu serviço uma institucionalidade diversificada e toda poderosa, do G-7 ao BM, do FMI e WTO. A globalização contra-hegemónica, por enquanto, apenas emergente tem uma institucionalidade embrionária no Fórum Social Mundial (FSM) e na Assembleia dos Movimentos Sociais, que se reúne em paralelo com o FSM. No momento em que formulei esta dualidade (1995) nos processos da globalização, ela não era tão evidente quanto é hoje. Hoje é apenas objecto de debate o tipo de relações que existem entre as duas globalizações, o modo como se confrontam na zona de contacto. Acontecimentos da última década, obrigam-me a complexificar a minha análise. As relações entre a globalização hegemónica e a contra-hegemónica não se compreendem hoje sem considerar a emergência de uma terceira forma de globalização, a globalização da religião política. Este facto acontece em várias religiões, mas neste texto centrar-me-ei no Islão político contemporâneo. Trata-se de um movimento relativamente

²⁰² *Teoria dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 18.

²⁰³ *Teoria dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012, p. 18.

recente que usa o Islão como uma ideologia capaz de, pela lei revelada em que se apoia, a sharia, permear toda a sociedade e a vida pessoal dos crentes. Mediante o recurso mobilizador à herança cultural e histórica do Islão e à crítica radical do imperialismo ocidental, o islamismo propõe-se mudar as condições de vida dos crentes, defraudados pelo fracasso dos projectos de desenvolvimento nacional e pró-ocidental dos Estados islâmicos. Enquanto as suas tendências mais extremistas se centram na violência contra o que consideram serem interesses ocidentais, as tendências mais moderadas desdobram-se em trabalhos voluntários de prestação de serviços na área da educação, da saúde e da assistência social, configurando algo como um projecto islâmico de modernização (Westerlund e Svanberg, 1999: 20). E, de facto, são modernas as organizações islamistas locais, nacionais e transnacionais que têm proliferado em todo o mundo islâmico e para além dele”²⁰⁴.

Como ressalta Boaventura de Souza Santos, que precisou revisitar sua teoria desenvolvida em 1995 devido ao dinamismo social (que é inerente às sociedades globalizadas), a globalização hegemônica é a imposição dos valores culturais pelos Estados dominantes para os Estados dominados, seja de maneira persuasiva, com a utilização da informação ou a introdução na dinâmica social do povo dominado de tradições e costumes (a exemplo da inserção das redes de *fast food* ao redor do mundo e da implementação do *american way of life*), seja pela imposição da força bélica, como ocorreu nos conflitos do Oriente Médio.

Esse movimento de introdução forçada visa gerar um consenso ilusório, impondo aos países subjugados valores uniformes. Isso vai de encontro à própria natureza humana, que é a pluralidade. Não há sociedade plenamente livre e democrática sem respeito à autodeterminação do indivíduo – desde que não atinja a esfera jurídica de terceiros. Sobre o tema, Hanna Arendt, em seu trabalho “A condição humana”, introduz o tema da revelação do agente no discurso e na ação, parte de um pressuposto inquestionável: o ser humano é um ser plural, diferente e que possui suas próprias peculiaridades:

“A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas”²⁰⁵.

²⁰⁴ Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 64, p. 313-337, jan.-fev. 2007, p. 1.204-1.205

²⁰⁵ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 217.

Portanto, toda ação que visa impor um valor para um determinado indivíduo sem seu consentimento ou por meio de técnicas argumentativas, como as empregadas pela grande mídia, gera um processo de coisificação do ser humano. Ao afastar uma característica inerente ao ser humano, a pluralidade, a globalização hegemônica o transforma em mero objeto dos seus anseios. É o que revela, com propriedade, Boaventura de Souza Santos:

“A monocultura do conhecimento consistiu em atribuir um privilégio absoluto inicialmente à teologia cristã e depois à ciência. A imposição desta monocultura significou a destruição de muitos conhecimentos, o que designo por epistemicídio, o qual, no caso das religiões, tomou a forma de teodicídio. Os grupos sociais, cujas práticas assentavam nesses conhecimentos rivais, foram declarados ignorantes ou supersticiosos. [...] Estas cinco monoculturas produziram um vastíssimo conjunto de populações, formas de ser, de viver e de saber desclassificados, segundo os casos, como ignorantes, inferiores, particulares, residuais, improdutivos. Não está em causa a existência de tais classificações, mas sim o modo como foram estabelecidas. O modo foi autoritário e sempre a serviço de um projecto de dominação económica, política, social e cultural”²⁰⁶.

Essa metodologia empregada é absolutamente contraproducente e retrógrada, pois estimula diretamente o ser humano a abandonar suas raízes, seus valores e sua autodeterminação e cria uma ferramenta indireta de controle, que é a sanção social.

A sociedade, que em sua grande maioria compra essa ideia de consenso formulado, acaba não só desprezando o diferente, como estigmatizando aqueles que não seguem esses padrões de comportamento. Isso teve fortes reflexos nas graves violações de grupos vulneráveis e minorias (homoafetivos, afrodescendentes, mulheres, muçulmanos etc.).

Hanna Arendt, ao analisar a teia social de relações, defende que em uma sociedade plural e democrática é fundamental respeitar as diferenças, traçando inclusive uma crítica ao materialismo histórico de Karl Marx, quando fundamenta sua posição exclusivamente na economia, como se todos os seres humanos fossem iguais:

“É verdade que essa teia é tão vinculada ao mundo objetivo das coisas quanto o discurso é vinculado à existência do corpo vivo; mas a relação não é como a de uma fachada ou, na terminologia marxiana, de uma superestrutura essencialmente supérflua afixada à estrutura útil do edifício. O erro básico de todo materialismo em política – materialismo este que não é de origem marxista nem sequer moderna, mas tão antigo quanto a nossa história da teoria política – é ignorar a inevitabilidade com que os homens se desvelam como sujeitos, como pessoas distintas e singulares, mesmo quando inteiramente concentrados na obtenção de um objeto completamente material e mundano. Prescindir desse desvelamento – se isso de fato fosse possível – significaria

²⁰⁶ Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 64, p. 313-337, jan.-fev. 2007, p. 1.207

transformar os homens em algo que eles não são; por outro lado, negar que ele é real e tem consequências próprias seria simplesmente irrealista”²⁰⁷.

Esse fenômeno geraria reações por parte dos oprimidos. A primeira delas é a globalização contra-hegemônica, que se caracteriza pelas manifestações pacíficas e artísticas dos grupos oprimidos que se negam a se curvar a essa imposição sistêmica. A outra consequência é o crescente aprofundamento do conflito social, que cada vez mais se mostra díspar com o aumento das desigualdades sociais.

Esse conflito social inegavelmente intensifica a violência, não só dos grupos oprimidos, mas principalmente por parte do Estado, tanto dentro dos sistemas estatais de controle como nos órgãos de persecução penal, e entre os grupos paraestatais, no caso das milícias armadas formadas por agentes estatais que agem na clandestinidade.

Esse fenômeno não se restringe aos países subdesenvolvidos, embora a incidência seja realmente maior nessas regiões, mas atinge também os países hegemônicos que ditam a nova ordem mundial. Nesse sentido, ao analisar a imigração contemporânea, Jesús-María Silva Sánchez ressalta:

“No mais, a imigração de pessoas procedentes de países pertencentes a âmbitos socioculturais que acedem a Europa do bem-estar em busca de uma melhoria de suas condições vitais nos converte em sociedades pluriétnicas e multiculturais. Nelas se manifesta certamente de um modo muito claro, a tensão entre a imigração e a atomização, entre homogeneização e diversificação. As sociedades pós-industriais, com efeito, tendem à integração supranacional, mas se atomizam em seu interior, sofrem um processo crescente de desvertebração. Por outro lado, as formas de vida são cada vez mais homogêneas; mas existem sérios indícios de que, em tensão com o anterior, os grupos humanos tendem a agarrar-se a certos elementos culturais tradicionais. A tensão entre integração e atomização, homogeneização e diversidade ou multiculturalidade é desde logo criminógena: produz violência. [...] Seja como for, a política criminal oficial dos diversos Estados parece tender, a marchas forçadas, a aplicar também um critério de “tolerância zero”²⁰⁸.

Nessa lógica, quem dita quais condutas serão ou não tipificadas e apenas com maior rigor é o poder hegemônico. O emprego da força associado a técnicas de comunicação em massa obriga os Estados a implementar esses valores culturais e exige o recrudescimento de todo o aparato estatal penal, com a flexibilização de direitos e de garantias penais e processuais penais conquistadas ao longo dos séculos. Como exemplo, citamos o mandado de criminalização do terrorismo. Sem aprofundar o tema, o terrorismo é toda conduta que de maneira imediata atinge

²⁰⁷ *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 227.

²⁰⁸ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 130-131.

bens jurídicos individuais e coletivos com a finalidade específica de gerar temor coletivo (por exemplo, o homicídio de um líder político, apesar de imediatamente atingir a vida de uma pessoa, visa causar comoção social, enquadrando-se na definição de terrorismo).

Com os atentados às Torres Gêmeas e ao Pentágono em 11 de setembro de 2001, nos EUA, houve uma forte pressão internacional para que todos os países adotassem medidas para combater essa prática, muitas delas inconstitucionais. Como exemplo, a Argentina editou a Lei n. 26.734/2011 (alteração do Código Penal – LGL 1940\2), que considera o “propósito de aterrorizar a população” agravante dos crimes previstos no CP; a Bolívia, a Lei n. 170/2011 (alteração do Código Penal); o Brasil, a Lei n. 13.170/2015; o Chile, as Leis n. 13.260/2016 e n. 18.314/1984 (alterada pelas Leis n. 18.937/1990, n. 19.027/1991, n. 19.806/2002, n. 19.906/2003, n. 20.074/2005, n. 20.467/2010, n. 20.519/2011 e n. 20.830/2015); a Colômbia, o Código Penal (2000); o Equador, o Código Penal (2014); a Guiana, *Anti-Laundering Money and Countering the Financing of Terrorism Act* (2009) e *Anti-Terrorism and Terrorist Related Activities Act* (2015); o Paraguai, a Lei n. 4.024/2010; o Peru, o Decreto-Lei n. 25.475/1992; o Suriname, o Código Penal (1910), alterado em julho de 2011; o Uruguai, com a Lei n. 17.835/2004; e a Venezuela, com a *Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo* (2012).

Sem menosprezar a importância internacional dos países mencionados, notamos que nenhum deles está no enfoque das ações terroristas internacionais. Essas leis, meramente simbólicas, têm caráter ilusório e acabam gerando efeitos perversos, distantes de um mecanismo de combate ao terrorismo, pois flexibilizam garantias e violam os direitos humanos dos cidadãos que são alvos do poder punitivo estatal.

Além disso, o emprego de um termo extremamente vago exige interpretação para a colmatação de lacunas. Então, quem define o que é um ato terrorista? A resposta é simples: a globalização hegemônica, que emprega pressão internacional e principalmente um recurso de retórica no intuito de convencer a todos de que a ação violenta estatal é legítima. Esse discurso é tão eficiente que consegue transformar atos ou situações que são iguais ou mais reprováveis em legítimas ações que visam a manutenção da democracia e dos valores ocidentais.

A questão se torna clara quando analisamos o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 e a invasão americana ao Iraque. O primeiro, não afastando o seu alto grau de reprovabilidade, foi encarado no cenário mundial como um atentado contra a humanidade. Já a invasão americana ao Iraque, que causou um maior número de mortos e atrocidades que o primeiro, foi vista como uma ação legítima e necessária para a manutenção da liberdade universal e da democracia. Portanto, o próprio discurso empregado fortalece as desigualdades.

Essa breve análise do fenômeno da globalização na expansão do direito penal não é a única. Tão importante quanto é a notória transformação social ocorrida nos últimos anos, que permitiu à população aceitar esse discurso com naturalidade. Ao resultado dessa mudança social, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman denominou de “sociedade líquida”.

4.3 Noção de “sociedade líquida”, suas principais características, o medo líquido e sua influência na expansão do direito penal simbólico

O líquido ou fluido, que se encontra em um estado intermediário entre o sólido e o gasoso, tem como uma de suas principais características, ao contrário dos sólidos, a capacidade de assumir a forma do recipiente em que se encontra:

“Os fluidos se movem facilmente. Eles “fluem”, “escorrem”, “esvaeem”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam” são “filtrados”, “destilados”, diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho”²⁰⁹.

Essas são as principais características do estado físico líquido que serviram de metáfora para Zygmunt Bauman definir a sociedade pós-moderna. A primeira importante conclusão do sociólogo é a de que essa fluidez social é característica exclusiva da sociedade pós-moderna.

Ao analisar o fenômeno que desencadeou esse conceito, Zygmunt Bauman afirma que no passado havia mais certezas do que incertezas. Os valores sociais impostos não mudavam com o tempo e a própria estratificação social raramente sofria abalos em sua estrutura. Assim, com o transcorrer do tempo, essa estrutura social sólida, cuja principal característica é a certeza, passou a derreter ao longo da história, desencadeando o atual estado sociológico:

“Concordo prontamente que tal proposição deve fazer vacilar quem transita à vontade no ‘discurso da modernidade’ e está familiarizado com o vocabulário usado normalmente para narrar a história moderna. Mas a modernidade não foi um processo de ‘liquefação’ desde o começo? Não foi o ‘derretimento dos sólidos’ seu maior passatempo e principal realização? Em outras palavras, a modernidade não foi ‘fluida’ desde sua concepção? Essas e outras objeções semelhantes são justificadas, e o parecerão ainda mais se lembrarmos que a famosa frase sobre ‘derreter os sólidos’, quando cunhada há um século e meio pelos autores do Manifesto comunista, referia-se ao tratamento que o autoconfiante e exuberante espírito moderno dava à sociedade, que considerava estagnada demais para seu gosto e resistente demais para mudar

²⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 1-2.

e amoldar-se a suas ambições — porque congelada em seus caminhos habituais. Se o ‘espírito’ era ‘moderno’, ele o era na medida em que estava determinado que a realidade deveria ser emancipada da ‘mão morta’ de sua própria história — e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (isto é, por definição, dissolvendo o que quer que persistisse no tempo e fosse infenso à sua passagem ou imune a seu fluxo). Essa intenção clamava, por sua vez, pela ‘profanação do sagrado’: pelo repúdio e destronamento do passado, e, antes e acima de tudo, da ‘tradição’ — isto é, o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à ‘liquefação’²¹⁰”.

Assim, nesse processo dinâmico de transformação social, os paradigmas estabelecidos pelos mais diversos atores da sociedade tradicional, como a família, a relação trabalhista, a religião e as próprias relações sociais são dissolvidas:

“Hoje, os padrões e configurações não são mais ‘dados’, e menos ainda ‘auto-evidentes’, eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes, de tal forma que todos e cada um foram desprovidos de boa parte de seus poderes de coercitivamente compelir e restringir. E eles mudaram de natureza e foram reclassificados de acordo: como itens no inventário das tarefas individuais. Em vez de preceder a política-vida e emoldurar seu curso futuro, eles devem segui-la (derivar dela), para serem formados e reformados por suas flexões e torções. Os poderes que liquefazem passaram do ‘sistema’ para a ‘sociedade’, da ‘política’ para as ‘políticas da vida’ — ou desceram do nível ‘macro’ para o nível ‘micro’ do convívio social”²¹¹.

Em sua análise das sociedades contemporâneas, Zygmunt Bauman traça uma importante característica intergeracional: uma sociedade rompe com as tradições de outras para impor as suas próprias (um claro exemplo disso é a Revolução Francesa, que destituiu os valores impostos pelo Antigo Regime Absolutista para impor os valores capitalistas). Ocorre que, e aí está a grande peculiaridade da sociedade líquida, dentro desse movimento de ruptura intergeracional, a sociedade pós-moderna não estabeleceu padrões nem valores a serem defendidos, principalmente em razão das barbáries cometidas durante a primeira metade do século XX.

Nesse sentido, a sociedade atual é capaz de manter a forma do recipiente — daí a metáfora da fluidez —, mas, para a sua mutação, não é necessário empregar grandes energias ou promover mudanças abruptas. Essa constante mutabilidade social na qual estamos inseridos gera uma profunda incerteza, que atinge os diversos aspectos da vida social pós-moderna.

²¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 7-8.

²¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 13.

A principal característica da sociedade líquida é o individualismo. O desenvolvimento do capitalismo e da globalização, fenômeno que em tese deveria reforçar as relações sociais, acabou gerando o efeito oposto.

Com a consolidação das mídias sociais e dos meios de comunicação eletrônicos, as pessoas deixaram de estabelecer vínculos sociais sólidos para criar relacionamentos fugazes e efêmeros. Hoje, é mais fácil uma pessoa ter 500 amigos no Facebook do que se encontrar com dois amigos diariamente, mudança bem ressaltada por Zygmunt Bauman:

“O primeiro aspecto que merece ser apontado dentro dessa sociedade é a profunda mudança nas relações sociais. Protocolos sociais, ritualismos antigamente realizados, são abandonados para uma relação cada vez mais dinâmica e mutável. A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Essa apresentação, porém, não foi uma peça de um ato: é uma atividade reencenada diariamente. A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de “individualização”, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada “sociedade”. Nenhum dos dois parceiros fica parado por muito tempo. E assim, o significado da “individualização” muda, assumindo sempre novas formas – à medida que os resultados acumulados de sua história passada solapam as regras herdadas, estabelecem novos preceitos comportamentais e fazem surgir novos prêmios no jogo. A “individualização” agora significa uma coisa muito diferente do que significava há cem anos e do que implicava nos primeiros tempos da era moderna – os tempos da exaltada “emancipação” do homem da trama estreita da dependência, da vigilância e da imposição comunitárias”²¹².

Esse fenômeno se agrava ainda mais com o passar do tempo. A maior liberdade acaba gerando seres narcisistas que precisam se autoafirmar para se sentirem felizes e terem aos olhos da sociedade uma imagem de sucesso. Isso gera diversas patologias, como o consumismo desenfreado, doenças psicossomáticas manifestadas com maior intensidade e o incremento do discurso de ódio e da intolerância, já que o ser extremamente individualista não aceita quem pensa de maneira diversa, conforme sintetiza Zygmunt Bauman:

“Para resumir: o abismo entre a individualidade como fatalidade e a individualidade como capacidade realista e prática de autoafirmação está aumentando. (Melhor ser afastado da “individualidade por atribuição”, como “indivíduo”: o termo escolhido por Beck para distinguir o indivíduo auto-sustentado e auto-impulsionado daquele que não tem escolha senão a de agir, ainda que contrafactualmente, como se a individualização tivesse sido alcançada). Saltar sobre esse abismo não é – isso é crucial – parte dessa capacidade. A capacidade auto-assertiva de homens e mulheres individualizados é insuficiente, como regra, em relação ao que a genuína autoconstituição requereria. Como observou Leo Strauss, o outro lado da

²¹² *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 37

liberdade ilimitada é a insignificância da escolha, cada lado condicionando o outro: por que cuidar de proibir o que será, de qualquer modo, de pouca consequência? Um observador cínico diria que a liberdade chega quando não faz mais diferença. Há um desagradável ar de impotência no temperado caldo da liberdade preparado no caldeirão da individualização; essa impotência é sentida como ainda mais odiosa, frustrante e perturbadora em vista do aumento de poder que se esperava que a liberdade trouxesse”²¹³.

Chega-se aqui à principal característica dessa sociedade: a absoluta ausência de alteridade que, na sua concepção existencialista, é a consciência do indivíduo em relação ao seu papel perante o semelhante.

Sobre essa visão de reciprocidade, Jean-Paul Sartre²¹⁴ assegura: “se o outro-objeto define-se em conexão com o mundo como objeto que vê o que vejo, minha conexão fundamental com o outro-sujeito deve ser reconduzida à minha possibilidade permanente de ser visto pelo outro”. Trata-se, portanto, do olhar consciente dentro da realidade do outro.

Em uma sociedade líquida na qual predomina o individualismo, não existe o outro, o outro não é um ser de direito e não é titular de dignidade. Com isso, a expansão do direito penal não só é realizada sem nenhum questionamento social sobre sua validade constitucional, como passa a ser uma exigência social, conforme complementa Zygmunt Bauman:

“O perigo mais tangível para o que chama de “cultura pública” está, para Zukin, na “política do medo cotidiano”. O espectro arrepiante e apavorante das “ruas inseguras” mantém as pessoas longe dos espaços públicos e as afasta da busca da arte e das habilidades necessárias para compartilhar a vida pública. “Endurecer” contra o crime construindo mais prisões e impondo a pena de morte são as respostas mais corriqueiras à política do medo. “Prendam toda a população”, ouvi um homem dizer no ônibus, reduzindo a solução a seu ridículo extremo. Outra resposta é a privatização e militarização do espaço público – fazendo das ruas, parques e mesmo lojas lugares mais seguros, mas menos livres”²¹⁵.

Com a hiperbolização do sentimento de medo, somado ao extremo individualismo, o sujeito, que se julga o único detentor de dignidade, em prol de sua segurança, que muitas vezes não se encontra ameaçada, admite e defende o retrocesso de direitos e de garantias penais, como práticas abomináveis como a pena de morte e a tortura, já que o criminoso, segundo essa visão, é coisa, e não sujeito de direitos. Zygmunt Bauman argumenta que o indivíduo ataca o próprio cidadão seguindo essa mesma lógica:

²¹³ *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 40-41.

²¹⁴ *O ser e o nada*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 331.

²¹⁵ *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 101.

“Em suma: o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania. Joël Roman, co-editor de *Ésprit*, assinala em seu livro recente (*La démocratie des individus*, 1998) que “a vigilância é degradada à guarda dos bens, enquanto o interesse geral não é mais que um sindicato de egoísmos, que envolve emoções coletivas e o medo do vizinho”. Roman concita os leitores a buscarem uma “renovada capacidade de decidir em conjunto” – hoje notável por sua inexistência. Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado”, o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis”²¹⁶.

Outro aspecto essencial da sociedade líquida é a banalização do medo. As sociedades pós-modernas se caracterizam por serem histéricas e viverem em constante incerteza e medo. O desenvolvimento dos meios de comunicação e a rapidez da transmissão da informação geraram não só aspectos positivos, mas também aspectos negativos, que a seguir serão demonstrados.

Atualmente, em tempo recorde, um fato ocorrido em determinada localidade do planeta passa a ser de conhecimento do mundo em questão de minutos. Isso fez com que problemas que nunca atingiriam determinada região passassem a ser problemas globais, gerando a constante sensação de medo:

“A globalização negativa cumpriu sua tarefa, e todas as sociedades são agora plena e verdadeiramente abertas, em termos materiais e intelectuais, de modo que qualquer dano provocado pela privação e a indolência, onde quer que aconteça, é acompanhado do insulto da injustiça: o sentimento de que o mal foi feito, um mal que exige ser reparado, mas antes de tudo vingado [...] E, no resumo sucinto de Milan Kundera, essa “unidade da humanidade”, tal como produzida pela globalização, significa basicamente que “não há um lugar para onde se possa fugir”. Não há abrigos seguros onde alguém possa esconder-se. No mundo líquido-moderno, os perigos e os medos são também de tipo líquido – ou seriam gasosos? Eles flutuam, exsudam, vazam, evaporam [...] Ainda não se inventaram paredes capazes de detê-los, embora muitos tentem construí-las. O espectro da vulnerabilidade paira sobre o planeta “negativamente globalizado”. Estamos todos em perigo, e todos somos perigosos uns para os outros. Há apenas três papéis a desempenhar – perpetradores, vítimas e “baixas colaterais” – e não há carência de candidatos para o primeiro papel, enquanto as fileiras daqueles destinados ao segundo e ao terceiro crescem interminavelmente. Aqueles de nós que já se encontram na extremidade receptiva da globalização negativa buscam freneticamente fugir e procurar

²¹⁶ *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 43.

vingança. Os que até agora foram poupados temem que sua vez de fazê-lo possa chegar – e acabe chegando”²¹⁷.

Há uma agravante nessa situação: não se sabe mais o que se deve temer. A absoluta incerteza das ameaças e a imensurável dimensão dos riscos geram um sentimento coletivo de pânico e instabilidade social.

Esse movimento não é aleatório, pois tem como principal escopo mudar o enfoque dos reais problemas sociais para um tema que não possui a proporção dada pelas autoridades e pelos meios de comunicação, que utilizam o direito penal sensacionalista para dar a falsa noção de proteção, possuindo caráter eminentemente simbólico. Para Zygmunt Bauman:

“A brecha entre o tamanho de nossa responsabilidade objetiva e a responsabilidade aceita, assumida e praticada atualmente não está se reduzindo, mas ampliando. A principal razão da impotência desta última em abraçar todo o escopo daquela é, como insinua Jean-Pierre Dupuy, a tendência tradicionalmente auto-restritiva da fórmula ortodoxa da responsabilidade normativa de se basear fortemente nos conceitos de “intenção” e “motivo”, totalmente inadequados para lidar com o atual desafio de uma interdependência de âmbito planetário (e podemos comentar que a ausência de um sistema jurídico igualmente planetário, assim como de uma jurisdição planetária, seu braço executivo, torna ainda mais nebulosa a esperança dessa solução). “A distinção”, diz Dupuy, “entre um assassinato por ação individual intencional” e um assassinato em resultado de “cidadãos egoístas de países ricos que concentram suas preocupações no seu próprio bem-estar enquanto os outros morrem de fome” se torna cada vez menos defensável. As buscas desesperadas pelo “motivo”, ao estilo de detetives e policiais, para determinar os suspeitos e localizar o responsável por um crime não terão serventia quando se trata de apontar as contravenções responsáveis pelo atual estado do planeta”²¹⁸.

Outra questão envolvendo o medo é o incremento da percepção de risco. A sociedade moderna está sofrendo com a disseminação de várias fontes de risco como resultado de um progresso tecnológico sem precedentes.

Conforme apregoa o sociólogo alemão Ulrich Beck²¹⁹, “O conceito de sociedade de risco indica o estágio de modernidade no qual as ameaças que surgiram antes desse tempo no caminho da sociedade industrial começam a se formar”. Para o autor²²⁰, o risco é uma

²¹⁷ *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008, p. 92.

²¹⁸ *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008, p. 94.

²¹⁹ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 17.

²²⁰ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 69-70.

construção humana que não integra o campo fenomênico, ou seja, é uma projeção de um evento futuro e incerto que pode causar danos.

Por certo, quanto maior o conhecimento tecnológico, maior o dever de prevenção; o indivíduo não pode furtar-se a eventual dano cometido cujo risco era conhecido – raciocínio muito utilizado no campo do direito ambiental, principalmente no que tange ao princípio da prevenção e da precaução.

Porém, ao contrário do que muitos pregam, o risco é uma construção puramente artificial que integra o raciocínio humano, que, por meio de um juízo de prognose, calcula a probabilidade de ocorrência de determinado evento danoso.

Dentro dessa tentativa de objetivar todas as situações que possam gerar riscos sociais, criam-se não só normas jurídicas desarrazoadas, como também a sensação de que tudo pode ser evitado, e quem não tomou a devida cautela deve ser punido. Destacando esse caráter intangível do risco, Ulrich Beck registra:

“Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo irreal. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente reais e irreais. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não. Em cálculos modelares, afunilamentos “prognosticados” do mercado de trabalho produzem imediatamente um efeito sobre o comportamento educacional: o desemprego antecipado, iminente é um determinante crucial das condições e posturas de vida atuais; a destruição prognosticada do meio ambiente e a ameaça nuclear colocam a sociedade de sobreaviso e conseguem levar amplos setores da geração jovem às ruas. Na discussão com o futuro, temos, portanto, de lidar com uma “variável projetada”, com uma “causa projetada” da atuação (pessoal e política) presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos (temos de conceber) para definir e organizar nossa atuação presente”²²¹.

²²¹ *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40.

Por fim, um último aspecto a ser destacado é o tempo dentro da “sociedade líquida”, marcada por ser extremamente imediatista, de maneira que os sujeitos não têm tempo para contemplar e refletir. Esse aspecto influi diretamente na marcha processual penal. O tempo exigido para o exercício de uma jurisdição adequada e efetiva não é o mesmo exigido pela população para a resolução da lide. Isso força o Poder Judiciário a não observar as garantias processuais do réu, que acaba tendo cerceado seu direito à ampla defesa, em prol de uma rápida resposta aos anseios sociais.

O fenômeno da globalização, como um processo dinâmico, aprofundou ainda mais as desigualdades sociais e regionais entre os países ricos e os subdesenvolvidos, com o avanço do capitalismo selvagem e a imposição dos valores predominantes nos países desenvolvidos.

Em uma sociedade de consumo, na qual prevalece o ter em detrimento do ser, criam-se verdadeiros párias sociais, excluídos dos benefícios gerados pelos avanços tecnológicos e das relações sociais, aprofundando ainda mais as desigualdades.

Esse fenômeno inegavelmente amplia a prática de condutas delitivas, principalmente aquelas relacionadas aos crimes patrimoniais (furto, roubo, estelionato) e crimes que geram grandes somas de dinheiro para o delinquente (tráfico de drogas, falsificação de moedas, contrabando e descaminho).

Somado a esse fator sociopolítico, a sociedade, passou a ser classificada como fluida, predominando o individualismo, o consumismo, o imediatismo e um crescimento social exagerado do medo e do terror. Isso se deve principalmente à massificação social, à imposição de valores de maneira unilateral e à falta de diálogo e de respeito à diversidade humana.

Nesse cenário, houve a expansão do direito penal e de seus mecanismos repressivos, com a criação de tipos penais sem a definição clara do bem jurídico tutelado ou mesmo dos denominados crimes de perigo abstrato, em que se presume a ameaça de lesão ao bem jurídico, a flexibilização de garantias penais e processuais penais e o emprego de técnicas de colheita de provas de duvidosa constitucionalidade. Isso rompe com séculos de conquistas sociais em matéria de direito penal e de limitação ao poder punitivo estatal, que até hoje não deixou de ser o maior violador de direitos humanos.

Assim, compete à sociedade refletir sobre os rumos que estão sendo tomados pela sociedade pós-moderna, garantindo um espaço público e aberto para o diálogo e no qual prevaleça a força da argumentação, e não a vontade dos poderosos ou de uma maioria raivosa.

Por fim, o Poder Judiciário deve assumir um papel fundamental na contenção desse expansionismo punitivista, exercendo uma função contramajoritária, e fazendo prevalecer os direitos e as garantias fundamentais do cidadão, mesmo que isso contrarie a vontade da maioria.

4.4 Radicalização do direito penal simbólico no funcionalismo sistêmico

Como visto, o delito é uma realidade artificialmente construída pelo ser humano. Assim, importa sempre analisarmos o contexto social em que determinado sistema jurídico penal está inserido para determinarmos o grau de intervenção punitiva estatal dentro da esfera individual. Conforme aponta Jesús-María Silva Sánchez²²², o direito penal vigente é um reflexo da ordem social estabelecida, e sua legitimação depende da aceitação normativa social.

Nesse sentido, uma norma que torna típica uma conduta socialmente não reprovável, ou cujo grau de reprovabilidade não é significativo para a incidência da tutela penal, na prática, não tem qualquer efetividade. Por exemplo, o artigo 59 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), que tipificava a conduta de vadiagem, pode ser considerado inconstitucional, pois atualmente, em uma sociedade livre e plural, as pessoas têm o direito de escolher seu estilo de vida desde que não lesionem ou exponham a perigo terceiros, podem inclusive escolher não exercer nenhuma atividade e viver exclusivamente da mendicância. Outrossim, podemos mencionar a sanção penal referente ao antigo crime de adultério (revogada pela Lei n. 11.106/2005) – embora longe de ser considerada uma atitude adequada, a sanção penal não era mais socialmente aceita para a reprimenda dessa conduta, considerada desarrazoada e desproporcional.

A influência social no campo do direito penal não se limita à tipificação de condutas como ilícito penal, mas também diz respeito à espécie de pena e sua intensidade. Como recorda Michel Foucault²²³ sobre a reforma humanista das penas e a substituição dos suplícios pelas penas privativas de liberdade (o corpo como objeto da sanção penal é substituído pela alma), um dos fatores de mudança nesse caso foi a revolta social contra os espetáculos grotescos realizados pelos carrascos.

Então, não resta dúvida de que a autocompreensão social é um fator decisivo não só para a atuação estatal no campo penal, mas também para o campo acadêmico, influenciando as Escolas Penais e as formas de elaboração da teoria do delito e da teoria da pena. Porém, como ressalta Jesús-María Silva Sánchez²²⁴, a determinação desse núcleo essencial da identidade normativa social não é uma tarefa fácil, menos ainda consensual, principalmente diante da pluralidade social contemporânea, “de modo que surgirá sempre o debate acerca de se a resposta

²²² *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 140.

²²³ *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 14. ed. Trad. Roberto Machado. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 6.

²²⁴ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 142-143.

escolhida pelo legislador – a do direito penal – como meio de estabilização de determinada demanda normativa é correta ou não”.

Fundada nesse raciocínio, a nova dinâmica social, já descrita, decorrente do fenômeno da globalização e das consecutórias transformações sociais, produziu a demanda social por uma maior intervenção punitiva estatal. A linha filosófica que mais irá atender aos anseios sociais de punição penal sem dúvida será o funcionalismo sistemático elaborado por Günther Jakobs, cuja pedra basilar é o entendimento de que a função da sanção penal é garantir a expectativa social em relação à eficácia da norma. Assim, esse modelo irá abandonar o conceito de livre-arbítrio e valorar somente a conduta com o fim de preservar as expectativas normativas.

Antes de adentrarmos à análise da teoria do funcionalismo sistêmico, fundamental analisarmos a base sobre a qual essa teoria é construída, que é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Em 1984, o sociólogo alemão escreveu sua obra clássica “Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral”, em que define os sistemas sociais como sistemas hermeticamente fechados para as provocações comunicativas que derivam do ambiente (o ambiente para Niklas Luhmann era o não sistema). Longe de fazer uma análise completa e aprofundada do tema, o objetivo deste estudo é apontar pontos relevantes da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann que se correlacionam com a teoria do funcionalismo sistêmico ou radical.

O ponto de partida para a teoria²²⁵ é a diferenciação de sistema e ambiente, denominada de “Teoria da diferenciação sistêmica”, pedra basilar para determinar a autorreferência sistêmica. O sociólogo alemão define por exclusão, ou seja, tudo aquilo que não integra o sistema pertence ao campo do ambiente. Assim, cada sistema tem um ambiente constituído por um conjunto de complexas relações recíprocas entre sistema e ambiente, porém são ao mesmo tempo uma unidade autônoma e autossuficiente.

Niklas Luhmann²²⁶ inicia seu estudo estabelecendo o conceito de sistema para a sua teoria. Nesse sentido, há uma mudança de paradigmas e de conceitos, em que se abandona a antiga visão de sistema como conjunto de partes que formam o todo, para a diferenciação entre sistema e ambiente. Os sistemas têm limites estabelecidos que não permitem ultrapassar essa limitação estrutural, o que estiver fora desse alcance pertencerá ao ambiente ou a outro sistema.

Nesse aspecto, o conceito de sistema ganha uma especial importância no pensamento desenvolvido por Niklas Luhmann. Sob essa perspectiva, argumenta que a formação desse

²²⁵ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 33.

²²⁶ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 22-41.

sistema não é fruto de um acaso histórico, retirando do seu conceito sociológico qualquer origem metafísica, valorativa; o método empregado é o empírico²²⁷.

O sistema jurídico, sob esse aspecto, é uma realidade social construída ao longo da história, ou seja, não existe a figura do direito natural como oriundo de noções metafísicas (como Deus, o contrato social etc.). Niklas Luhmann, a partir de pressupostos não metafísicos, desenvolve a ideia de sistema jurídico, propondo que o direito seja analisado não como um sistema normativo cujo fundamento de validade encontra-se em uma norma hipotética fundamental, como fez Hans Kelsen, mas como um sistema social, portanto histórico, decorrente do desenvolvimento humano.

Logo, a ideia inicial de Niklas Luhmann é colocar o direito como um subsistema complexo que integra o sistema social, assim como outras áreas do conhecimento humano (a política e a economia, por exemplo). Dessa maneira, como um sistema social, com o tempo se torna cada vez mais complexo, apresentando mais informações e novos problemas, que devem ser solucionados pelo próprio sistema (*autopoiesis*). Porém, ao encontrar a solução, o sistema se comunicará com outros sistemas para atender às novas complexidades.

Nessa relação entre autorreferibilidade sistêmica e as complexidades contemporâneas surgiria a Teoria da Ação e Comunicação de Luhmann²²⁸. A evolução social, principalmente com o desenvolvimento tecnológico, traz ao sistema problemas que, inicialmente, não podem ser solucionados pelo sistema. Assim, um sistema se comunica com o outro, em um processo dialético, transmitindo informações uns para os outros. Essa “concatenação de informações” permite que o sistema encontre a solução do problema apresentado pela complexidade, criando assim seu “código”.

Niklas Luhmann, então, traça sua teoria em sistemas fechados (as problemáticas do sistema somente são solucionadas pelos códigos do mesmo sistema) e ao mesmo tempo abertos, pois a solução autorreferencial só consegue formar o “código” quando se comunica (transmite informações) com outros sistemas. Esse fenômeno foi denominado autorreferência basal, uma vez que o processo tem “[...] de se construir de elementos (ocorrências) que se referem a si mesmos mediante a inclusão de sua conexão com outros elementos do mesmo processo”²²⁹.

²²⁷ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 76.

²²⁸ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 161-166.

²²⁹ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 167.

Portanto, a comunicação, como transmissão da informação, é elemento fundamental da teoria sistêmica. Para o sociólogo alemão, o sistema jurídico não se limita às estruturas normativas, mas é um sistema (ou subsistema) social autopoietico, que soma a estrutura normativa (que não é o principal elemento sistêmico) com os elementos de comunicação normativa, cuja validade encontra-se no perfazimento da sua função, que é a manutenção das expectativas normativas (já que para Luhmann todo subsistema integrante do sistema social possui uma função na complexidade social). Conforme será analisado adiante, a definição da função do direito está intimamente ligada à preservação da expectativa social.

Neste contexto, a autorreferência sistêmica e sua assimilação pela sociedade exigirá uma generalização simbólica:

“O conceito símbolo/simbólico designa o meio (das Médium) da formação da unidade, o conceito de generalização designa a função (que cabe a essa formação) do tratamento operativo de uma multiplicidade. Trata-se, esboçando-se muito genericamente, de uma maioria estar atribuída a uma unidade e ser simbolizada por ela. Disso resulta uma diferença entre nível operativo (ou processual) e nível simbólico. É somente com essa diferença que uma operação autorreferencial se torna possível”²³⁰.

Nesse ponto, o sociólogo alemão emprega a generalização da psicologia, observando o comportamento humano generalizado frente a determinados estímulos sensoriais produzidos pelo ambiente. Em relação ao simbólico, adota-se o conceito de ação traçado por Talcott Parsons, pelo qual toda ação requer uma generalização simbólica, ou seja, uma identificação simbólica generalizada de todos os componentes.

Há, portanto, no agir humano uma prognose, ou seja, antes de agir, o indivíduo calcula as vantagens e as desvantagens com a prática da ação. Consequentemente, afirma Niklas Luhmann²³¹: “Já como elemento de formações sistêmicas, a ação é um fenômeno emergente que somente pode ser realizado mediante o emprego de símbolo”.

Nesse aspecto, a argumentação e o emprego da linguagem são fundamentais para consolidar o sistema; afinal, o que fundamenta o sistema jurídico não é a estrutura normativa, mas a comunicação jurídica. Assim, para a teoria dos sistemas, a linguagem possui a função de generalizar os sentidos empregando símbolos, sendo o código do sistema o meio de comunicação.

²³⁰ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 115-116.

²³¹ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 116.

Nessa estrutura lógica, introduz-se um conceito que seria muito empregado por Günther Jakobs, o da expectativa. Ele trabalha com a seguinte perspectiva desse conceito: “Generalizações simbólicas que condensam a estrutura remissiva de todo sentido em expectativas que indicam o que uma dada situação de sentido promete²³²”. Niklas Luhmann trabalha com expectativas generalizadas de comportamentos – e é certo que em sociedades complexas há múltiplas expectativas, cabendo ao sistema jurídico a sua satisfação.

Por exemplo, o pedestre que atravessa a rua na faixa destinada a ele durante o sinal vermelho para os veículos entende que, durante a sua travessia, nenhum veículo irá cruzar o seu caminho, acreditando legitimamente que sua integridade física será preservada. Caso algum veículo viole a norma de conduta generalizada (veículos automotores não podem atravessar o sinal vermelho), isso gerará uma frustração ou um desapontamento quanto àquilo que se esperava, não só em relação ao pedestre, que pode ou não ser atropelado, mas também em relação àqueles que visualizaram a cena, causando sentimento de insegurança (que seria a expectativa da expectativa). Portanto, cabe ao sistema jurídico, primeiramente, estabelecer quais são as legítimas expectativas que merecem proteção e criar mecanismos com essa finalidade no intuito de proteger a convivência social e reduzir as complexidades.

Continuando o estudo da teoria sistêmica, após analisar a evolução social, Niklas Luhmann concluiu que a sociedade contemporânea é extremamente complexa, ou seja, dentro dos sistemas sociais há a formação de diferentes funções sociais. Essa situação de complexidade crescente dificulta as tomadas de decisão e a redução dos conflitos:

“A elevada complexidade da sociedade só pode ser mantida se os sistemas interacionais forem estruturados mais fortemente como sistemas interacionais: o sistema social como nexos comunicacionais fechados e autorreferenciais e os sistemas de interação como processamento das contingências com base na presença”²³³.

Assim, criam-se subsistemas parciais com o objetivo de decidir as questões individuais, adotando a teoria da *autopoiesis* social, pela qual cada sistema se fecha para produzir suas próprias soluções e resolver suas próprias complexidades.

Cada sistema social terá seu código, sua maneira de autorregulação e seu mecanismo de unidade. O conceito de *autopoiesis* não permite que um utilize conceitos do outro para formar suas soluções – a política vai verificar dentro da própria política soluções para os seus

²³² *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 119.

²³³ *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 488.

problemas, e não na economia, no direito ou na ciência. Com fundamento nessa visão de *autopoiesis*, compete ao direito manter as expectativas normativas contra eventuais reações que a contradigam.

Expectativa, por sua vez, é uma projeção daquilo que pode vir a acontecer no futuro, ainda que contrafaticamente, ou seja, mesmo que empiricamente não se verifique o resultado pretendido. O sistema jurídico irá trabalhar com duas premissas: a normativa e a cognitiva. A primeira é aquela expectativa prevista pela norma; a segunda, a que não foi prevista pela norma.

O sistema jurídico, para solucionar os conflitos sistêmicos, trabalhará com a decisão e a argumentação. Na primeira, o direito impõe ao caso concreto a escolha normativa, como no exemplo de impor pena privativa de liberdade para alguém que matou outrem. Já a argumentação delimita o âmbito da decisão, estabelecendo uma comunicação propositiva de uma decisão acerca da conformidade ou não com o sistema jurídico. O que legitima o sistema jurídico é a fundamentação, por meio da argumentação jurídica ao se empregar a decisão.

Partindo dessa concepção, Günther Jakobs desenvolveu sua teoria funcionalista sistêmica, que preceitua a norma jurídica como o regulador dos fatos sociais. A norma jurídica, dentro do sistema jurídico, concentra-se nas diferentes categorias de crimes sob uma perspectiva puramente funcionalista, de maneira que concebe o crime como qualquer violação disfuncional (da norma) das expectativas sociais.

A partir da década de 1970, ao desenvolver o funcionalismo sistêmico, Günther Jakobs passou a defender que a missão do direito penal é restabelecer a vigência da norma violada pela conduta. Conforme Luiz Regis Prado²³⁴, a origem desse pensamento reside no campo das ciências biológicas e, principalmente, na teoria sistêmica da sociedade desenvolvida por Niklas Luhmann.

Na avaliação de Bernardo Gonçalves Fernandes²³⁵, Niklas Luhmann distingue sistema e seu ambiente: “Cada sistema é um código fechado do ponto de vista operacional e organizado a partir de seu código”. Esses sistemas são fechados, sem qualquer comunicação entre eles, e cada um se autodirige (*autopoiesis*).

Ancorado nesse raciocínio, existem dois sistemas: o que pertence ao direito (que, como visto, se autorregula) e o que não pertence ao sistema jurídico (por exemplo, o sistema político). O doutrinador italiano Raffaele Di Giorgi explica com mais detalhamento:

²³⁴ *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, v. 1, p. 96.

²³⁵ *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 81.

“O sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segundo a função. Cada um dos sistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro. Daí brotam problemas relativos ao fechamento dos sistemas parciais e às prestações que eles oferecem aos outros sistemas pessoais. Fechamento de sistema significa que, aos estímulos ou aos distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disso resulta a autorreferência e a autopoiese do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem”²³⁶.

Conforme essa lógica sistêmica, para Niklas Luhmann, a função do direito é estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Nesse sentido, o ordenamento jurídico fixa condutas esperadas por todos os membros da sociedade, instituindo uma ideia de previsibilidade.

Ao adotar essa ideia de sistema, Günther Jakobs construiu toda a sua teoria funcionalista penal com fundamento nesse conceito, e atribuiu à tutela penal a função de garantir a estrutura do sistema como um todo, mantendo intacta essa legítima expectativa social.

Em seu capítulo introdutório à definição de direito penal do inimigo, Günther Jakobs argumenta que a pena, como meio de coação, possui em si um significado, uma resposta ao fato praticado por uma pessoa capaz que desautorizou a norma (aspecto contrafático), restabelecendo a vigência normativa e transmitindo à sociedade a mensagem de eficácia da norma. Assim, reforçando a ideia, esclarece: “Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”²³⁷.

A teoria funcionalista sistêmica de Günther Jakobs entende o delito como a frustração das expectativas normativas, enquanto a pena é a confirmação da validade da norma violada. Nesse sentido, traça um raciocínio dialético pelo qual a conduta delitiva é apontada como uma violação das legítimas expectativas sociais, enquanto a tutela penal é a preservação dessa expectativa, reafirmando a vigência normativa.

Assim, na visão do autor, o direito penal aparece como uma forma de proteger a norma e as relações sociais vigentes. A proteção dos bens jurídicos é apenas uma consequência indireta, sem relevância para definir os fundamentos do direito penal. Segundo Günther

²³⁶ Raffaele Di Giorgi *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 81.

²³⁷ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 22.

Jakobs²³⁸, “o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas”.

Para a visão protetora, a lei regula os atos sociais, de maneira que a norma, além de seu valor e significado imperativo, adquire caráter de ato social, que deve ser protegido pelo direito penal, cujo objetivo principal é cuidar da validade da norma, a fim de manter a confiança do cidadão no sistema. Günther Jakobs ressalta que a finalidade do Estado de Direito não é proteger bens jurídicos, mas proteger a vigência real do sistema jurídico. No entanto, não há separação rígida do conceito de proteção de bens jurídicos e manutenção das expectativas normativas. Quanto mais se protege essa expectativa normativa, maior a proteção dos bens jurídicos. Para o autor²³⁹, “quanto mais pese um bem, mais seguro estará para que não se rompa a contribuição de orientação da norma correspondente”.

Günther Jakobs²⁴⁰ também coloca que o ordenamento jurídico, principalmente no âmbito de Estado Democrático de Direito, não tem condições de promover a integral proteção de bens jurídicos, vez que a maioria dos fatos delitivos não chega a sofrer sanções penais, seja por absoluto desconhecimento das autoridades – o que se denomina em criminologia como cifra negra – ou pela precariedade das investigações e dos elementos de informações colhidos durante toda a persecução penal – a denominada cifra cinza.

Ligada à crítica da função do direito penal como meio de proteção subsidiária de bens jurídicos, o autor acrescenta que a tradicional função de tutela dos bens jurídicos não poderia ser exercida no campo do direito penal. Segundo ele, o direito penal nada ou pouco pode fazer para proteger os bens jurídicos, pois, quando incide a tutela penal, o bem jurídico já foi violado ou exposto a perigo. Segundo Claus Roxin:

“Finalmente, Jakobs observa, desde o princípio, que a função do Direito Penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos. O fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”²⁴¹.

Ainda na perspectiva de Günther Jakobs, não é possível afirmar que o direito penal pode servir para impedir crimes contra a vida ou patrimônio, pois eles sempre acontecerão.

²³⁸ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.

²³⁹ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 55.

²⁴⁰ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 56.

²⁴¹ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. (org. e trad.) André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15.

Evitar o crime pode ser uma função desejável do direito penal, mas não sua principal função legitimadora, pois não é capaz de cumpri-la (ainda que admitido o efeito de evitar alguns crimes). E afirma:

“Seja como for, o reconhecimento da devida atribuição de responsabilidade em função da teoria da imputação objetiva é, queiramos ou não, o reconhecimento de uma ordem estabelecida em função de papéis, isto é, em função de determinadas expectativas normativas, ou seja, de normas que não são, por sua vez, bens de determinadas pessoas”²⁴².

Dessa forma, a lei penal gera estabilidade ao sistema, criando firmeza nas expectativas normativas. Como consequência, o conceito clássico de bem jurídico perde sua importância e o crime torna-se mera desobediência da norma. Assim, a função primordial do direito penal só pode ser compreendida, segundo Günther Jakobs, como a manutenção das expectativas normativas essenciais para a vida em sociedade. As expectativas sociais realmente vitais para a configuração social devem ser normativas.

Günther Jakobs parte da premissa de Niklas Luhmann, qual seja, de que as pessoas atuam segundo as suas expectativas, segundo uma previsão futura de determinado curso causal. Nesse sentido, quem conduz um veículo automotivo e ultrapassa o sinal verde prevê que quem circula no sentido perpendicular não irá transpor o sinal vermelho.

Desse modo, conforme a teoria semântica do direito, como destaca Tercio Sampaio Ferraz Junior²⁴³, a confiança é um fato social que regulamenta a troca de expectativas entre os atores sociais. Esse intercâmbio de informações dentro da dinâmica social irá gerar expectativas duráveis, que serão desenvolvidas por dois mecanismos: atitudes cognitivas e normativas.

As atitudes cognitivas são aquelas realizadas de maneira empírica, por meio de padronização de comportamentos e observações dos agentes sociais. Esse tipo de expectativa tende a mudar com a dinamização social e a transformação comportamental das pessoas. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“Atitudes cognitivas são expectativas cuja durabilidade é garantida pela generalização de possibilidades, por meio de observação. Observamos, por exemplo, que alguém agredido com violência tende a reagir com violência. Se generalizamos essa observação, obtemos uma regra empírica, que nos permite assegurar certa estabilidade à previsão das expectativas sociais. Se, porém, essa generalização é desiludida por novas observações (nem sempre alguém reage com violência), a regra cognitiva se adapta aos fatos (sempre se reage à violência com violência, salvo...). Atitudes cognitivas são, pois, atitudes

²⁴² *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 39.

²⁴³ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 77.

adaptativas manifestadas em regras igualmente adaptativas. Exemplo delas são as leis científicas, que descrevem a normalidade do comportamento e nos permitem controlar a contingência dos sistemas sociais (a ciência como instrumento de previsão)”²⁴⁴.

Já as atitudes normativas são aquelas criadas não pelo comportamento social ou pela adaptação social de um comportamento, mas pela confiança depositada pela sociedade na vigência da norma. Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Junior:

“Atitudes normativas são, de outro lado, expectativas cuja durabilidade é garantida por uma generalização não adaptativa, isto é, admitem-se as decepções como um fato, mas estas são consideradas como irrelevantes para a expectativa generalizada. Por exemplo, diante da possibilidade de reação violenta de um indivíduo contra a ação violenta de outro, estabelece-se a proibição da violência privada. Mesmo que a violência ocorra, a expectativa de que esta não devia ocorrer fica genericamente garantida. As expectativas normativas se manifestam por meio de normas. Normas, nesse contexto, manifestam expectativas cuja duração é estabilizada de modo contrafático, isto é, a generalização da expectativa independe do cumprimento ou descumprimento da ação empiricamente esperada. Elas não referem regularidades do comportamento, mas prescrevem sua normatividade. Ou seja, a diferença entre uma lei científica e uma lei jurídica, nesse caso, estaria em que a primeira descreve a normalidade, e a segunda prescreve a normalidade do comportamento”²⁴⁵.

Portanto, a convivência social é composta pela soma das expectativas cognitivas (derivadas dos comportamentos sociais reiterados e observados pelos seus integrantes) com as normativas (confiança em que o sistema jurídico irá reagir de maneira contrafactual às condutas que violarem os preceitos normativos fixados de maneira abstrata).

Conforme esse raciocínio, Günther Jakobs estabelece uma relação entre as expectativas cognitivas e normativas. A primeira integra o plano naturalístico, é a previsão elaborada pelas pessoas no decorrer da vida. Sua influência não se limita somente ao Direito, mas também abrange o comportamento social das pessoas. Por outro lado, a expectativa normativa é a confiança depositada pela sociedade no Estado e sua atuação quando violada a expectativa cognitiva, que se altera com a defraudação. A normativa é a expectativa que não se altera mesmo quando rompida.

Segundo Günther Jakobs, não basta que a expectativa de um comportamento correto se mantenha apenas contrafactualmente, mas deve ocorrer também pela aceitação social da vigência real do direito. Assim, compete ao Estado reagir às ações que violem as expectativas

²⁴⁴ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 74.

²⁴⁵ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 74.

normativas, para que essa expectativa seja incorporada pela expectativa cognitiva. Quando o indivíduo viola uma expectativa normativa sem o apoio cognitivo pessoal do indivíduo, que não assimila a conduta como violadora de legítimas expectativas sociais, este acaba se tornando um perigo para a convivência social. Nesse contexto, a expectativa normativa, quando não orientada por atitudes cognitivas pessoais, não produzirá o efeito desejado.

Assim, a expectativa normativa é substituída por orientação cognitiva. O destinatário da sanção, por não ter assimilado a consciência social, acaba se tornando um perigo, já que dele a sociedade não esperará uma atitude em conformidade com o ordenamento jurídico. Günther Jakobs exemplifica:

“Isto se torna trivial se dito através de um exemplo: ninguém continua confiando o serviço de tesoureiro a uma pessoa corrupta. E o que esta simples constatação cotidiana implica no trato com terrorista é percebido imediatamente quando se identifica de modo mais abstrato: o corrupto fica excluído do círculo de pessoas sobre as quais regem expectativas reais em relação à tesouraria, quer dizer, expectativas que regem a orientação. Desta maneira – mesmo que somente desta maneira – ele é considerado uma fonte de perigo. A sabedoria popular dirá “este não é trigo limpo”, e isso significa: ‘abandona-se a expectativa normativa para passar à cognitiva’”²⁴⁶.

Essa seria uma das bases epistemológicas do direito penal do inimigo, ou seja, a diferenciação entre o cidadão e o inimigo está também na maneira como a sociedade enxerga o indivíduo. O cidadão sofre a pena como um meio de contradição em que se espera que o cidadão não volte a delinquir. Em relação ao inimigo, a expectativa social é de que este volte sempre a violar as normas estatais, portanto, é visto como uma ameaça a ser neutralizada, eliminando-se o perigo.

Outro aspecto relevante é o de que, para Günther Jakobs, ao adotar a concepção de Niklas Luhmann, a validade normativa não está fundamentada na estrutura normativa, conforme pregado por Hans Kelsen, mas na sua ação comunicativa, ou seja, nas informações transmitidas pelo sistema jurídico para a organização social, preservando sempre a expectativa social quanto à eficácia normativa.

A expectativa essencial de se poder conduzir veículo em segurança obedecendo à sinalização de trânsito é vital para o trânsito funcionar. O direito penal não é capaz de impedir que as pessoas desobedeçam ao sinal vermelho (infelizmente é um mau hábito ainda comum no Brasil), mas pode convencer a maioria dos motoristas de que é seguro atravessar no sinal verde, permitindo a fluidez do tráfego.

²⁴⁶ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 56-57.

Percebemos aqui que, mais do que a eficácia jurídica da sanção como veículo de prevenção de crimes – que seria a promessa legitimadora – Günther Jakobs busca explicar e legitimar a função simbólica da pena como apta não a evitar o crime, mas servir como um símbolo que muito se aproxima da fórmula de compromisso dilatório. Portanto, adota uma visão já conhecida no campo do direito penal, a visão preventiva geral positiva da pena (a prevenção geral já era defendida por Paul Johann Alselm von Feuerbach no século XIX, com sua teoria da dissuasão psicológica), pela qual a manutenção da ordem social depende da estabilização dessa expectativa (a expectativa é uma representação de um fato futuro e esperado, mesmo que não se realize no plano naturalístico).

Toda essa visão inegavelmente terá influência no expansionismo do direito penal e no aprofundamento do direito penal simbólico. Sobre o tema, Günther Jakobs²⁴⁷ escreve que os fenômenos de caráter simbólico integram o direito penal, independentemente da visão adotada. Isso porque nenhuma teoria nega que a incidência da tutela penal possui uma finalidade comunicativa, visto que os elementos de integração simbólica são inerentes ao direito penal. Nesse ponto, assiste razão Günther Jakobs ao definir que o direito penal sempre terá um cunho simbólico e que sua aplicação transmite uma informação.

Prosseguindo o raciocínio²⁴⁸, conclui que o direito penal simbólico (a função latente da norma se sobrepõe ao seu sentido manifesto) e o punitivismo (endurecimento da legislação penal e criação de novos tipos penais incriminadores) são fenômenos indissociáveis, e que seu objetivo é a pacificação social por meio da nova mensagem normativa. Pouco importa, portanto, se a norma terá ou não eficácia, ou se de fato reduzirá a prática delitiva, pois dentro da ação comunicativa possui a função essencial de preservar a confiança social no ordenamento jurídico.

Outra função do direito penal simbólico seria, segundo Günther Jakobs, identificar inimigos, separando-os dos cidadãos:

“Dito com toda brevidade: o Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico autor, que é definido não como igual mas como outro, isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em

²⁴⁷ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 78-79.

²⁴⁸ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 87.

questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir, pode ser examinado o que surge de sua união: o Direito Penal do Inimigo”²⁴⁹.

Toda essa visão teria consequências diretas na teoria do delito, segundo Günther Jakobs. O funcionalismo sistêmico definido pelo autor cria um tipo objetivo, inserindo tanto o dolo como a culpa no conceito de tipo objetivo. Ocorre, porém, que suas premissas epistemológicas são distintas, visto que o funcionalismo sistêmico, segundo Guilherme de Souza Nucci²⁵⁰, visa garantir a estrutura do próprio sistema jurídico.

Em última análise, ao garantir a estrutura do sistema, a tutela penal protege legítimas expectativas sociais. Com base na teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs, Luiz Regis Prado esclarece:

“Parte-se do pressuposto de que o injusto possui uma medida objetiva: as normas se apresentam como *standards* de comportamento que orientam os membros da comunidade. O agente, cujo comportamento deve passar pelo filtro da imputação objetiva, deve ser definido de modo normativo, através do papel social que desempenha”²⁵¹.

Para Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Patricia Vanzolini, Günther Jakobs cria quatro critérios para a imputação objetiva: o primeiro é, justamente,

“[...] a ausência de imputação pelo risco permitido. Segundo Jakobs, as normas penalmente sancionadas só regulam o comportamento para possibilitar a vida social, que não pode existir sem a segurança das expectativas. No entanto, se a defraudação das expectativas fosse evitada de forma absoluta e a qualquer preço, a própria possibilidade de condutas e contatos sociais seria reduzida, ou seja, a própria vida social seria empobrecida”²⁵².

O segundo critério é a “ausência de imputação pelo princípio da confiança: intimamente relacionado aos papéis sociais, o princípio da confiança impede a imputação de quem confiou que terceiros também cumpririam os papéis que lhe cabem”. Já o terceiro é a:

“[...] ausência de imputação pela proibição de regresso: mais uma vez a hipótese é reconduzível à noção de papéis sociais. A cooperação em ato ilícito de terceiro (ainda que esse ato seja sabido e até querido) não tem como

²⁴⁹ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 88.

²⁵⁰ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 304.

²⁵¹ *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, p. 494.

²⁵² *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 279-280.

imputar-se objetivamente se não resultou da defraudação das expectativas relacionadas ao agente naquela determinada situação”²⁵³.

Por fim, acrescentam:

“[...] ausência de imputação pela capacidade da vítima: trata-se de critério similar ao que Roxin designa como alcance do tipo e engloba tanto as situações em que a ação é realizada pela própria vítima quanto as situações em que são realizadas por terceiro com o consentimento da vítima”²⁵⁴.

Günther Jakobs, portanto, retira todo elemento volitivo do dolo, criando uma teoria do risco habitual.

Estabelecidos os critérios da sua imputação objetiva, e estando o dolo ou a culpa inserido na teoria da imputação objetiva, para exemplificar a influência da teoria funcionalista sistêmica, passemos à análise da diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente na visão do jurista, para percebermos que essa construção teórica auxilia na expansão do direito penal e dos seus efeitos simbólicos.

A solução deve estar na lógica da manutenção da garantia da eficácia da norma e na estabilização das expectativas sociais. Luiz Regis Prado²⁵⁵ explica que Günther Jakobs se posiciona de maneira semelhante a Max Ernst Mayer, diferenciando o dolo eventual da culpa consciente segundo a teoria da probabilidade.

Para essa teoria, se o autor considera provável produzir o resultado, configurará o dolo eventual, porém, se o agente considera apenas possível o resultado, haverá culpa consciente. Para o funcionalismo sistêmico, a diferença reside no grau de previsibilidade subjetiva sobre a periculosidade da situação, ou seja, se o agente achou que o resultado era meramente possível, responde por culpa consciente, porém, se o agente acreditava que o resultado era provável (mais que possível), responde por dolo eventual. Essa teoria exclui o conceito da não confiança na evitação do resultado, baseando-se somente no grau de previsibilidade. Além disso, exclui também qualquer aspecto volitivo.

Como Günther Jakobs visa estabilizar expectativas sociais, entende-se o porquê de ter chegado a essa conclusão. Como o direito penal, para essa concepção, visa a garantia do sistema normativo, se o agente tem como certa a obtenção do resultado não desejado, ele viola a expectativa social de não produzir o resultado. Sua conduta será mais reprovável, mesmo que acreditasse que não atingiria o resultado, seja por suas habilidades ou por questão de sorte.

²⁵³ *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 279-280.

²⁵⁴ *Manual de direito penal – parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 279-280.

²⁵⁵ *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, p. 543.

Agora, se o resultado era somente possível, ou seja, não era tão previsível, a conduta deve ser enquadrada no tipo culposo, pois as expectativas sociais não foram tão gravemente violadas quanto seriam se o resultado fosse quase certo.

Assim, conforme observa Guilherme de Souza Nucci²⁵⁶, a conduta penalmente relevante dentro do funcionalismo sistêmico irá rechaçar a noção de livre-arbítrio, pois não seria empiricamente verificável. Outrossim, se a função é a garantia das expectativas normativas, pouco importaria a vontade livre e consciente de praticar o fato descrito em uma norma penal incriminadora, haja vista que a sua ocorrência já violou as legítimas expectativas sociais sobre a vigência normativa.

A conclusão é criticável, pois parece manipular a percepção popular sobre as verdadeiras funções do direito penal. Todavia, não deixa de ter o mérito de reconhecer a incapacidade do direito penal de evitar o crime, admitindo a falácia da promessa e a força da função simbólica da pena. Portanto, essa concepção reforça ainda mais a ocorrência do direito penal simbólico e suas nefastas consequências.

Conforme ressalta Guilherme de Souza Nucci²⁵⁷, acompanhado de Cancio Meliá, a visão de Günther Jakobs é a consagração do direito penal simbólico, em que artificialmente se produz uma tranquilidade por meio de edições de normas penais mais gravosas, mesmo que estas não tenham incidência na prática. Além disso, flexibiliza direitos e garantias penais conquistados ao longo da evolução histórica, sem produzir os efeitos desejados, e por vezes, ainda os agravando. Cezar Roberto Bitencourt assim se posiciona:

“A compreensão simbólica do Direito Penal é levada a extremos tais que o conceito de bem jurídico perde substancialmente o seu conteúdo material e sua função de crítica do Direito Penal. Como acabamos de referir, para Jakobs, o verdadeiro bem jurídico penal a ser protegido é a validade fática das normas, porque somente assim se pode esperar o respeito aos bens que interessam ao indivíduo e ao convívio social. Quando, por exemplo, faz alusão ao objeto de proteção do Direito Penal no crime de homicídio, Jakobs argumenta que a provocação da morte não constitui propriamente a lesão do bem jurídico-penal, mas tão só a lesão de um bem. Em sua ótica, a conduta de matar adquire sentido para o Direito Penal, não porque lesa o bem vida, mas na medida em que representa uma oposição à norma subjacente do delito de homicídio, isto é, na medida em que o autor da conduta dá causa ao resultado morte com conhecimento (dolo) ou com a cognoscibilidade (culpa) de que escolhe realizar um comportamento que pode provocar consequências, em lugar de escolher realizar uma conduta inócua. Nas próprias palavras de Jakobs: A norma obriga a eleger a organização da qual não se produzam danos, mas se o autor se organiza de modo que cause um dano a ele imputável, seu projeto de configuração do mundo se opõe ao da norma. Somente esse ponto de vista

²⁵⁶ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 305.

²⁵⁷ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 659.

eleva o bem jurídico-penal à esfera em que se desenvolve a interação social que interessa ao Direito Penal: a esfera da significação do comportamento (criminoso) enquanto negação do significado das normas, e o reforço da preservação do significado da norma através da reação punitiva”²⁵⁸.

Outra crítica à teoria adotada pelos funcionalistas diz respeito à adoção de um tipo objetivo único que inclui o dolo ou culpa, excluindo da teoria do crime os elementos empíricos, criando uma teoria puramente normativa. Ora, negar qualquer elemento ontológico para o conceito de delito é fechar os olhos para a realidade. Tanto o dolo como a culpa possuem elementos volitivos.

O dolo é a consciência e a vontade de praticar as elementares previstas no tipo penal incriminador (teoria da vontade), e o agente voluntariamente assumir o risco de produzir o resultado (teoria do consentimento). Já a culpa, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci²⁵⁹, “Trata-se do comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, que podia ter sido evitado”. Assim, tanto o dolo como a culpa exigem o livre-arbítrio do agente, o que é inegável.

Uma segunda crítica é que a teoria funcionalista sistêmica, para definir se uma conduta é dolosa ou culposa, usa o critério da imputação objetiva. Adotar critérios puramente valorativos em sociedades economicamente desenvolvidas e socialmente organizadas (ou ao menos não tão desorganizadas como sociedades subdesenvolvidas) de fato faz sentido, pois o direito penal incidirá num grupo de pessoas que não possuem ampla desigualdade social e culturalmente são semelhantes, como é o caso da Alemanha. Agora, trazer essa teoria para um país como o Brasil, que não só possui uma profunda desigualdade social como é culturalmente plural, poderia gerar sérias consequências, principalmente relacionadas à insegurança jurídica. No Brasil, não há como criar um critério puramente objetivo e ignorar os fatores ontológicos, principalmente relacionados aos socialmente excluídos. Outrossim, o legislador não define uma política criminal única, ou seja, ora tendemos para uma flexibilização, ora para um maior punitivismo, conforme adverte Guilherme de Souza Nucci:

“Imagine-se aplicá-la no Brasil, que nem mesmo possui uma política criminal definida. Seria uma tragédia em face da diversidade de julgados produzidos sobre a mesma matéria. Ou, sob outro aspecto, aplicando-a, sem prestar atenção à política criminal ineficaz”²⁶⁰.

²⁵⁸ *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 141-142.

²⁵⁹ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 391.

²⁶⁰ *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 416.

Outro aspecto relevante é o de que, sem dúvida, ao abandonar o livre-arbítrio, o funcionalismo sistêmico gera uma abominável responsabilidade penal objetiva, violando o princípio da culpabilidade. Assim, ao retirar da teoria da ação o elemento subjetivo do tipo (dolo direto ou dolo eventual), o sistema funcionalista contraria os mandamentos constitucionais e transforma o ser humano em um objeto do sistema (fenômeno denominado coisificação do ser humano), o que é compreendido por Luiz Regis Prado da seguinte forma:

“O funcionalismo, principalmente sistêmico, de cunho autoritário, pode atentar gravemente contra a concepção de Estado democrático de Direito gizado no texto constitucional brasileiro de 1988. Não é possível falar-se em eficácia normativa desconsiderando as formas peculiares do agir humano, a concepção do homem como ser livre, digno e responsável. Assim, impõe-se ao Estado de Direito, verdadeiramente democrático, reconhecer, respeitar e fazer cumprir tais direitos. Da concepção do homem como um ser responsável, como pessoa, emerge o conceito finalista de ação enquanto estrutura lógico-objetiva, realidades ônticas – de ordem atemporal, anespacial e universal –, vinculante e limitativa da atividade legiferante e do arbítrio estatal”²⁶¹.

Por fim, critica-se Günther Jakobs por assumir a teoria da probabilidade, um aspecto puramente axiológico, que gera situações não merecedoras de reprimenda pelo tipo doloso. Se um agente dirige acima do limite de velocidade em uma zona movimentada, avista um pedestre atravessando a rua e tenta desviar para não obter o resultado, essa conduta de tentar evitar o dano ao bem jurídico é irrelevante para a teoria da probabilidade, pois o resultado era altamente previsto. Portanto, essa teoria equipara a conduta daquele que prevê o resultado e nada faz e a daquele que apesar de prever o resultado, tenta não o atingir, o que nos parece merecer reprimendas distintas.

Traçadas as premissas fundamentais do funcionalismo sistêmico, cabe analisar a divisão teórica criada por Günther Jakobs, que dividiu o direito penal em duas espécies: direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo.

O direito penal do cidadão é aquele empregado para o indivíduo que, apesar de violar a disposição normativa, o fez de maneira esporádica, devendo aplicar para ele todos os direitos e garantias penais e processuais penais. Dentro da teoria funcionalista sistêmica, caberá ao direito penal do cidadão garantir a vigência normativa. Já o direito penal do inimigo é uma tese desenvolvida por Günter Jakobs, em 1985, cujas teorias foram firmadas a partir de fatos horríveis vistos diariamente, para resolver ou pelo menos sugerir uma solução visando dissipar a criminalidade organizada, que cresce diariamente na sociedade contemporânea.

²⁶¹ *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral (arts. 1º a 120)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 141.

Nesse contexto, desenvolveu uma teoria paralela ao direito penal clássico, denominada por ele direito penal do inimigo, que se distingue do anterior já que este não consegue mais atender às demandas de combate à criminalização organizada. Para a teoria funcionalista sistêmica, o direito penal do inimigo não visa a manutenção da eficácia normativa, mas combater perigos.

Essa conclusão é facilmente extraída da leitura de Günther Jakobs sobre expectativas cognitivas, pois a sociedade, diante da prática delitiva reiterada do inimigo, não espera mais que este aja conforme os mandamentos normativos, sendo, portanto, inefetiva a pena como meio de confirmar as expectativas normativas. Assim, a pena assume uma outra função, que é neutralizar o perigo. E, conforme veremos mais adiante, esse raciocínio permite ao Estado utilizar ferramentas inconstitucionais para neutralizar o perigo representado na figura do inimigo. Para isso, há o fenômeno da coisificação do inimigo, retirando sua dignidade em prol da segurança social.

Essa teoria começou a se espalhar pelo mundo há mais de duas décadas; foi mencionada pela primeira vez em 1985, em um evento Jornada de Professores de Direito Penal em Frankfurt, na Alemanha. Seu surgimento causou grande discussão em todo o mundo, porque seu criador distinguiu direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

A discussão ganhou força porque o autor da teoria diferencia os criminosos em duas classes. A primeira refere-se àqueles que cometem atos ilegais, mas continuam com seu *status* de cidadão e, após o cumprimento das sanções penais impostas pelo Estado, em caso de condenação após o trâmite do devido processo legal, voltam a agir conforme a lei e a viver normalmente na sociedade. Para esses incidem todas as garantias e direitos fundamentais inerentes ao sistema penal constitucional em um Estado Democrático de Direito, como a garantia do princípio da legalidade, a individualização da pena, o princípio do contraditório e a ampla defesa.

Porém, cabe ressaltar: mesmo a adoção do direito penal do cidadão, conforme a visão de Günther Jakobs, produzirá flexibilizações em direitos e garantias fundamentais no campo do direito penal, uma vez que se a função normativa é atender às expectativas sociais, essa permite que conceitos sejam flexibilizados para atingir esses fins.

A segunda classe, na visão de Günther Jakobs²⁶², são aqueles que colocam em risco a paz e a seguridade social, indivíduos que se envolvem ou participam de algum tipo de

²⁶² *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 33-34.

organização criminosa e tornam a prática delitiva uma constante. Esses, segundo o autor, desafiam o próprio sistema instituído, portanto, devem ter tratamento diferenciado.

O indivíduo que contraria a própria organização sistêmica, tornando a prática delitiva um hábito, não oferece garantia de que viverá na sociedade em conformidade com as normas impostas pelo sistema legal. Esse perde seu *status* de cidadão, é tratado pelo Estado como inimigo, e tem um tratamento rígido e diferenciado.

Günther Jakobs criou essa teoria com base em algumas ideias de filósofos, conceitos jusfilosóficos e na teoria contratualista de Thomas Hobbes, escrita em 1651. Conforme o fundamento contratualista de Hobbes, para Günther Jakobs²⁶³, há um contrato de submissão obrigatória entre os cidadãos e o governante. Por meio desse contrato de adesão obrigatória, compete ao súdito respeitar as ordens dos governantes e a esses garantir a segurança do cidadão contra a própria maldade humana (o *Leviatã*). Assim, o delinquente, ao violar o contrato, não pode simplesmente ignorar seu ato, devendo reparar o dano produzido e sofrer as consequências dessa violação. Assim, se por acaso algum dos componentes dessa sociedade executasse um ato contrário às normas adotadas naquele contexto social, a sanção deveria ser aplicada imediatamente com o objetivo de manutenção da organização social disposta pelo contrato social.

Na visão de Hobbes, em determinados casos, o indivíduo pratica condutas de alta traição, que destoam de toda a organização social, contrariando o pacto social estabelecido. Nesses casos, há uma rescisão da submissão decorrente do contrato social, cabendo ao Estado (na perspectiva de Hobbes, o soberano) tratar o infrator não como um súdito, mas como um adversário que desafia a ordem estabelecida, logo, que deve perder seu *status* de cidadão por cometer crimes de grande relevância e convulsão social, que de alguma forma abalaram o Estado. Ou seja, trata-se de uma “traição ao Estado”, que resultaria em tratamento adequado se considerado “inimigo”. Sobre o tema, Manuel Monteiro Guedes Valente analisa:

“O Direito penal do inimigo assenta arraiais no quadro discursivo da existência de pessoas que pela sua antijuridicidade permanente ou elevada danosidade da sua conduta são consideradas como seres nocivos e perigosos à vigência da ordem jurídica tutelante e detentora do primado da paz jurídica e social. Estes “seres” são designados de *hostis judicatus* ou de delinquente nocivo que coloca em causa a ordem e a tranquilidade públicas estatais pela sua incorrigibilidade e periculosidade”²⁶⁴.

²⁶³ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 26.

²⁶⁴ *Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020, p. 139.

Outro autor estudado por Günther Jakobs para desenvolver sua teoria é Immanuel Kant. O contratualismo kantiano baseia-se na limitação do poder estatal e seu grande dilema encontra-se na passagem do estado de natureza para o estado em sociedade. Para Kant, o indivíduo que constantemente viola as regras sociais, não consegue conviver harmonicamente em sociedade e representa uma ameaça à segurança social deve ser tratado pela própria sociedade como inimigo e ser excluído da convivência comunitária.

Tanto Thomas Hobbes como Immanuel Kant admitem a divisão de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo e para ambas as noções contratualistas admite-se a despersonalização do indivíduo. Ocorre, porém, que para Hobbes cabe ao soberano reagir contra esse inimigo, e para Kant compete à própria sociedade excluí-lo e neutralizar o perigo gerado.

Conforme ressalta Günther Jakobs²⁶⁵, para Kant a necessidade de preservar a segurança do cidadão – que não só quer a promessa normativa em abstrato dos direitos, mas quer também confiar em sua concretização para obter uma vida digna em sociedade –, permite que qualquer um possa obrigar outrem a respeitar as regras socialmente estabelecidas, e não somente o soberano, como defendia Hobbes.

Portanto, é evidente em ambas as teorias contratualistas que todos nascem livres para fazer o que quiserem, regidos pela lei da força, ao que Hobbes denominou de *ius naturalis*. Porém, ao ingressar em sociedade e admitir as regras sociais (isso ocorre com o indivíduo que começa a realizar atos dentro da vida em sociedade, como efetuar negócios jurídicos, adquirir bens particulares, praticar atos comunicativos), o indivíduo abandona esse estado primitivo e passa a aderir ao convívio social, adquirindo *status* de cidadão, e tendo todos os seus direitos e garantias assegurados pelo ordenamento jurídico estatal.

Porém, essa condição pode ser retirada do indivíduo quando decide se tornar inimigo do Estado, ao desafiar a ordem estabelecida, seja porque aqueles que estão à margem da lei comprometem-se constantemente com a prática de ilícitos (habitualidade delitiva) ou por terem condutas contrárias à própria organização estatal (como os crimes de terrorismo). Nesse ponto, acrescenta Günther Jakobs:

“Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura,

²⁶⁵ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 33-34.

ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa”²⁶⁶.

Assim, aquele que não tem mais a confiança social de que agirá conforme o ordenamento jurídico não pode possuir os mesmos direitos de um cidadão que ocasionalmente comete uma conduta descrita como crime. Como exemplo, o caso de Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como Fernandinho Beira-Mar, líder de facções criminosas ligadas à prática de tráfico de drogas. A sociedade não vislumbra mais a possibilidade de ele agir conforme o ordenamento jurídico, ao contrário, o que se espera dele é que volte a delinquir quando retornar à convivência social. Portanto, é legítimo, dentro do direito penal do inimigo, o tratamento diferenciado com a flexibilização de direitos e garantias penais e processuais penais. Desse modo, afirma-se a incidência latente do direito penal do autor, ignorando o fato em si e punindo o indivíduo que destoa da ordem social.

Conforme explica Manuel Monteiro Guedes Valente²⁶⁷, os defensores do direito penal do inimigo colocam a neutralização e o poder de intimidação como formas de prevenir que as pessoas enveredem para a criminalidade organizada. Nessa toada, acrescenta que os funcionalistas sistêmicos apregoam que, dentro de uma sociedade contemporânea de risco, as estruturas criadas pelas teorias garantistas no campo do direito penal e processual penal devem ser flexibilizadas, pois colocariam em risco a resposta adequada do Estado frente às demandas sociais em razão da eficácia do ordenamento jurídico.

Para Günther Jakobs, o Estado Democrático de Direito não é efetivo em combater a criminalidade organizada e os crimes cometidos em detrimento da organização estatal, como o terrorismo. Diante disso, a preservação do direito penal clássico ou do direito penal do cidadão depende do combate ao inimigo com um sistema próprio. É o que afirma Manuel Monteiro Guedes Valente:

“A teoria de que Günther Jakobs, com a sua construção jurídico-dogmática do Direito penal do inimigo, pretende evitar que o Direito penal de justiça ou clássico sofra com a erosão da dinâmica do Direito penal material e processual do terrorismo e demais criminalidade estruturada – ‘organizada’ – não tem o nosso acolhimento. Toda e qualquer opção *jus dogmática* que diminua o espaço e o tempo do Direito penal como função de equilíbrio entre os oximoros em confronto é a negação do próprio Direito”²⁶⁸.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 34.

²⁶⁷ *Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020, p. 140-141.

²⁶⁸ *Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020, p. 141.

Cria-se, portanto, um sistema penal do inimigo, baseado em política criminal bélica, ampliando a elaboração de normas penais agravadoras e abandonando as garantias penais e processuais penais. A teoria de Günther Jakobs possui três pilares, assim descritos pelo jurista: 1) a antecipação da punição do inimigo; 2) a desproporcionalidade das sanções e a supressão de certas garantias processuais; e 3) a criação de leis severas dirigidas aos inimigos²⁶⁹.

A visão adotada pelo funcionalismo sistêmico é extremamente criticada pela doutrina. Uma primeira a merecer destaque refere-se à desconsideração por Günther Jakobs do caráter seletivo da tutela penal, que incide prioritariamente nos socialmente marginalizados e economicamente excluídos. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁷⁰, o inimigo é definido pelas classes hegemônicas dominantes, aquele que irá criminalizar os socialmente excluídos. Essa conclusão é extraída do conceito de pessoa para Günther Jakobs, segundo analisa Luís Greco:

“Pessoa, em Jakobs, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme à norma se confia e se pode confiar. Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa”²⁷¹.

Sendo a pessoa um indivíduo que tem uma função na dinâmica social, aqueles que são indesejados ou marginalizados acabam destoando da ordem socialmente imposta pelas classes dominantes e tratados não mais como pessoas, mas como inimigos. Assim, o direito penal do inimigo cumpre essencialmente uma função meramente simbólica, garantindo a estrutura de poder social estabelecida pelo pequeno grupo das classes dominantes e coisificando os marginalizados, que servirão somente para essa finalidade não manifesta.

Outra crítica pertinente à teoria exposta diz respeito ao odioso retorno do direito penal do autor. Ao definir a periculosidade do agente para o sistema, e não a gravidade concreta do fato, envereda para o autoritarismo e destrói todo um arcabouço teórico de garantias e de direitos conquistados ao longo da história.

A individualização da pena com base no grau de reprovabilidade em concreto do delito, o princípio da culpabilidade, o da proporcionalidade entre a gravidade do delito e a pena a ser aplicada e o princípio da lesividade perdem espaço para a incidência do direito penal do inimigo. Em um Estado de Direito, a pena imposta deve ter íntima correlação com a gravidade

²⁶⁹ *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 63-67.

²⁷⁰ *Manual de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 74-75.

²⁷¹ Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, p. 80-112, set.- out. 2005, p. 83.

da conduta. Conforme expõe Guilherme de Souza Nucci²⁷², a individualização da pena passa por três estágios: o legislativo, depois o judiciário e, por fim, o cumprimento individual da sanção penal. Ao se concentrar no autor, e não no fato, o direito penal do inimigo dispõe que tanto na fixação do preceito secundário do tipo penal incriminador (pena em abstrato) como na dosimetria e na execução penal o grau de reprovabilidade é medido pela periculosidade do inimigo, e não pela gravidade do fato, o que viola preceitos constitucionais (art. 5º, XLVI, CF/1988).

Além disso, segundo ressalta Luis Greco²⁷³, a ideia de Günther Jakobs vai de encontro a um dos preceitos que fundamenta a limitação do poder estatal, a dignidade humana, a qual, segundo Guilherme de Souza Nucci²⁷⁴, é a meta e a base do Estado Democrático de Direito, não podendo ser arbitrariamente violada pelo Estado, principalmente no que tange ao processo penal e ao direito penal.

Quando essa visão de Günther Jakobs defende o uso do inimigo como um modelo de comunicação social, visando afastar o perigo que ele representa ao convívio social, ou para reafirmar a vigência normativa, há uma subtração da dignidade do indivíduo, que sofre um processo de coisificação. Uma vez transformado em coisa, pode ser utilizado para as finalidades almejadas, independentemente de qualquer limitação, já que ele não é mais tratado como cidadão. Luís Greco acrescenta:

“Um destes limites ao poder estatal de punir – e talvez o mais importante deles – é a reconhecida ideia, que remonta ao pensamento de Kant, segundo a qual o homem, um fim em si mesmo, nunca pode ser tratado apenas como um instrumento para finalidades diversas. Apesar de o conteúdo desta ideia não ser de maneira alguma tão claro quanto geralmente se supõe, pode-se de imediato reconhecer que, qualquer que seja este conteúdo, ele se oporá a uma concepção legitimadora-afirmativa do direito penal do inimigo. Afinal, o direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso”²⁷⁵.

Outro aspecto diretamente atingido pela teoria de Günther Jakobs é o princípio da lesividade ou da ofensividade. Em um direito penal democrático, uma conduta que não viole ou exponha a perigo bens jurídicos relevantes não merece a incidência da sanção penal. Em

²⁷² *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 28-29.

²⁷³ Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, p. 80-112, set.- out. 2005, p. 100.

²⁷⁴ *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 31.

²⁷⁵ Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, p. 80-112, set.- out. 2005, p. 100.

Günther Jakobs, não há mais essa visão, já que seu enfoque não é proteger bens jurídicos, mas a assegurar a manutenção das expectativas sociais da vigência normativa. Assim, qualquer violação da norma imposta, tendo essa causado ou não danos, ou ao menos colocado em perigo o bem jurídico socialmente relevante, é irrelevante, pois o sistema e sua confiabilidade já foram violados, devendo o sistema, por meio da tutela penal, reagir contrafactualmente, preservando as expectativas normativas.

Como vimos, Günther Jakobs entende haver duas expectativas: a cognitiva, decorrente da dinâmica social com a prática reiterada de atos; e a normativa, aquela definida pela norma estatal estabelecida no plano abstrato. A primeira é relativa e, de acordo com o curso causal, pode ser alterada ou violada, porém, a segunda é imutável, devendo a todo custo ser preservada pelo Estado, evitando tornar-se cognitiva. Assim, mesmo os crimes de bagatela devem ter uma resposta estatal para que seja mantida essa confiança social depositada na norma, ainda que isso represente o abandono do princípio da ofensividade.

Esse cenário se agrava ainda mais dentro do direito penal do inimigo, cujo objetivo não é a estabilização normativa, mas a eliminação do perigo. Ao utilizar ferramentas expansionistas, como a antecipação da tutela penal com a criminalização de atos meramente preparatórios, Günther Jakobs abandona completamente a noção de lesividade, tratando o sujeito como objeto da estabilização sistêmica.

Portanto, ao estabelecer como base de sua teoria a comunicação e a ideia de sistemas de Niklas Luhmann, Günther Jakobs constrói uma visão teórica extremamente punitivista e que tem como base o direito penal simbólico e a expansão exacerbada da tutela penal. Como afirma o autor²⁷⁶, a soma desses dois fatores gera o direito penal do inimigo, que tem como único objetivo manter a estrutura social intacta, mesmo que para isso tenham de ser flexibilizados os direitos e as garantias constitucionais construídos ao longo da história.

Evidentemente, esse tipo de pensamento deve ser rechaçado e combatido, principalmente diante das conquistas no campo dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial. Por fim, não há nenhuma demonstração empírica de que a expansão do direito penal simbólico gere estabilização social ou reforce o sentimento de segurança social no sistema jurídico. Conforme ressalta Luís Greco²⁷⁷, a própria expressão “inimigo” não possui

²⁷⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 88.

²⁷⁷ Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 56, p. 80-112, set.- out. 2005, p. 90.

embasamento científico algum, pois é tão carregada de valores antagônicos que fica impossível estabelecer um conceito cientificamente aceitável.

Diante dos fenômenos expansionistas do direito penal já descritos, sobretudo na figura do direito penal simbólico, passamos a analisar as soluções apresentadas pelos doutrinadores no campo da ciência penal e a traçar possíveis saídas para tentar conter esse fenômeno expansionista.

5 MEIOS PARA CONTER A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Diante de todos os fenômenos que geraram a hiperbolização da tutela penal e a incidência de legislações penais eminentemente simbólicas – problemas esses, como vimos, gerados tanto pela reestruturação social (com a formação da sociedade de risco e a sociedade líquida) como pela reestruturação da máquina penal estatal, que visa camuflar os verdadeiros problemas sociais gerados com a crise do Estado de Bem-Estar Social, a imposição do neoliberalismo, e pelo surgimento, no plano acadêmico, de correntes de pensamento que tentam legitimar essa expansão punitivista (funcionalismo sistêmico ou radical) –, surgiu uma reação na tentativa de preservar os direitos e as garantias fundamentais conquistados principalmente no período pós-Segunda Guerra Mundial. Esse debate sobre a expansão do direito penal, ao longo dos anos, levou vários estudiosos a propor possíveis alternativas ao crescimento desordenado da máquina punitivista estatal, destacando Jesús-María Silva Sánchez e Winfried Hassemer.

O presente estudo parte da proposta apresentada por ambos os autores de tomar a sanção penal como *ultima ratio*, atribuindo aos demais ramos do direito a função de proteção de bens jurídicos não considerados fundamentais pela Constituição. Assim, como será analisado adiante, ambos os autores fazem referência à necessidade de transferir para outros ramos da ciência jurídica a aplicação de sanções que não visam a proteção de bens jurídicos fundamentais.

Sobre o tema, coloca Silva Sánchez²⁷⁸ (2013, p. 149) que, para analisar esse caráter fragmentário do direito penal, primeiramente é necessário definir a diferença entre a sanção de cunho penal e a sanção administrativa. Adota-se então um critério teleológico em que se diferenciam os conceitos pelas finalidades que são atribuídas ao direito penal e ao direito administrativo sancionador.

A sanção penal visa a proteção concreta de bens jurídicos, atendendo aos fundamentos da lesividade, ou pretende repelir perigos concretos que incidem em bens jurídicos, atribuindo uma responsabilidade individual a um fato típico, antijurídico e culpável. Já a sanção administrativa visa a regulamentação social de determinadas atividades, sem haver lesão ou perigo de lesão em concreto a um bem jurídico. Assim, como o objetivo da sanção administrativa não é o mesmo do direito penal, Jesús-María Silva Sánchez pontua:

²⁷⁸ A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 149-150.

“Por isso, não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade)”²⁷⁹.

Uma vez estabelecidas as premissas diferenciadoras, cabe ao direito penal atentar somente às condutas que de alguma forma causem lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico. É atribuição do direito administrativo sancionador cuidar de condutas que causem impactos nos modelos setoriais de gestão, atingindo uma visão macrosocial, ou seja, condutas que somente atinjam o sistema, ou criem problemas de âmbito organizacional.

Ao atribuir à sanção administrativa essa função, como suas regras são distintas da sanção penal, pois não atinge de maneira tão drástica os direitos fundamentais do indivíduo, permite-se que o Estado atue de maneira legítima no combate a condutas indesejadas, e provoque de maneira generalizada uma mudança de comportamento. Dentro desse campo, e atendendo às bases de um Estado Democrático de Direito, admite-se a incidência de punições administrativas a condutas que por vezes geram apenas perigos abstratos, globais ou presumidos²⁸⁰.

Para ilustrar o raciocínio, são mencionados dois exemplos que explicam com clareza o seu entendimento. O primeiro diz respeito à legislação que proíbe dirigir com certa dosagem etílica no sangue ou proíbe a condução de veículo automotor com qualquer dosagem de álcool no sangue. É sabido que a maioria das pessoas perde a coordenação motora com certa porcentagem no sangue. A utilização da sanção administrativa para coibir os condutores de consumir álcool e dirigir é legítima, já que nessa seara é possível presumir o perigo estatístico, porém, no campo do direito penal, isso não é possível, haja vista que, pelo princípio da lesividade ou ofensividade, exige-se a demonstração do perigo em concreto.

Outro exemplo é o crime de sonegação fiscal de pequena quantidade de tributos. De fato, em determinados casos, é tão pequena a quantia sonegada em comparação ao orçamento e o patrimônio estatal que não há de se falar em lesividade concreta. Ocorre, porém, que a soma dessas condutas causa, inegavelmente, danos significativos ao orçamento público. Portanto, cabe ao direito administrativo sancionador proteger o patrimônio público desse risco global, e

²⁷⁹ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

²⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 151-153.

não ao direito penal, que exige que a conduta produza um dano concreto para que se possa imputar responsabilidade penal ao autor ou partícipe²⁸¹.

Esse pensamento é um evidente contraponto à visão de Günther Jakobs, que prega a função sistêmica do direito penal como meio de manutenção da organização social. Ao defendê-la, Jesús-María Silva Sánchez entende que condutas de alguma forma violadoras de expectativas normativas, mas que não gerem lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, não podem ser abarcadas pelo direito penal, mas devem ser abrangidas pelo direito administrativo sancionador. Assim, compete à sanção administrativa, e não à penal, proteger o ordenamento jurídico, independentemente da constatação de dano concreto ou perigo concreto.

Essa visão é uma importantíssima ferramenta de contenção do expansionismo da tutela penal e um redutor do direito penal simbólico, pois afasta a ideia abstrativista de que o direito penal deve passar a mensagem à sociedade de sua eficácia, independentemente da ocorrência de lesão ou ameaça ao bem jurídico, atribuindo essa função a outro ramo do ordenamento jurídico que não atinja tanto os direitos fundamentais do indivíduo. Esse raciocínio, nas palavras de Jesús-Maria Silva Sánchez²⁸², transforma o direito administrativo sancionador em um “[...] direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”.

Outra ferramenta importante trazida pelo autor²⁸³ para conter a expansão penal é o controle administrativo preventivo. Como visto ao longo da dissertação, a sociedade contemporânea tornou-se extremamente complexa e carregada de riscos. O incremento dos riscos e a necessidade de contenção dos novos perigos ocasionados pela globalização e pelas transformações da sociedade da informação exigem de fato maior atuação estatal para conter esses fatores. Essa prevenção comunicativa ou contrafática que produzirá os efeitos almejados de contenção de riscos será desempenhada, na visão de Jesús-María Silva Sánchez, pelo controle administrativo preventivo, seja pela criação de procedimentos de controle fiscalizatório das atividades econômicas, seja pela atuação do poder de polícia ou pelo emprego de meios de inspeção ou vigilância.

²⁸¹ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 153-154.

²⁸² *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 156.

²⁸³ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 161.

Esses mecanismos, segundo o autor²⁸⁴, desempenham de maneira eficaz a função comunicativo-contrafática, possibilitando estabelecer uma gestão que contenha os riscos, sem a necessidade da espetacularização promovida pelo direito penal.

Todavia, há um porém nesse raciocínio: conforme percebemos da leitura atenta de “Administrativização do Direito Penal”, de Jesús-María Silva Sánchez, a criação desses mecanismos administrativos de controle de riscos exige um Estado eficiente e extremamente atuante na vida social. Uma primeira barreira enfrentada possui um caráter global, que é a falência do Estado Social e a implementação do neoliberalismo. Outra dificuldade a ser destacada, encontrada especialmente em países subdesenvolvidos, é a falta de recursos financeiros para implantar políticas eficientes do controle administrativo.

Mesmo diante de todos esses empecilhos, o Estado não pode utilizar o direito penal como ferramenta unicamente comunicativo-contrafática sem respeitar o princípio da lesividade, o que é uma característica fundamental da tutela penal eminentemente simbólica. Suas consequências serão muito mais nefastas que os supostos efeitos comunicativos poderiam gerar, com a massificação do encarceramento e o agravamento dos efeitos estigmatizantes da sanção penal.

Por fim, não se justifica em um Estado Democrático de Direito, que tem como base a dignidade humana, a utilização do direito penal como meio de contenção de riscos abstratos, vez que isso gera um verdadeiro autoritarismo penal pois, qualquer conduta, mesmo sem demonstração de perigo concreto, poderá ser imputada como delito.

Ocorre que, a ideia trazida por Jesús-María Silva Sánchez²⁸⁵, segundo sua própria manifestação, seria conveniente somente em um plano abstrato-teórico, sem a incidência dos fatores sociais. Assim, desenvolve a teoria das velocidades do direito penal, numa tentativa de tornar sua tese aplicável ao caso concreto.

Winfried Hassemer²⁸⁶ inicialmente analisa a sociedade moderna e a consequente transformação da criminalidade, que passa a atuar de maneira mais organizada e global. Nesse estudo, traça características específicas dessa nova criminalidade, a primeira delas, comum desse novo fenômeno social, é a ausência de vítimas individuais. Em regra, a conduta ou o concurso de condutas não atinge um indivíduo específico, mas uma coletividade determinada,

²⁸⁴ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 164-165.

²⁸⁵ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 178.

²⁸⁶ Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 08, out. 1994, p. 42-45.

a exemplo dos crimes contra o consumidor, ou atinge toda a humanidade de alguma maneira, como no caso dos crimes ambientais.

Outra característica da criminalidade moderna é a falta de percepção dos danos causados pelas condutas. Como os danos são gerados para a coletividade, fica difícil sua visualização concreta. Como exemplo, se um grupo de agentes bancários promove o desvio do valor de R\$ 0,10 (dez centavos) de um correntista, dificilmente será notada pela vítima a subtração do valor, pois é irrisório. Porém, se esse grupo o fizer com 1 milhão de correntistas ao longo de décadas, gerará um prejuízo significativo para a coletividade²⁸⁷.

Por fim, a criminalidade contemporânea apresentou um novo *modus operandi*. O direito penal inegavelmente atuava em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, principalmente naqueles que atentavam dolosamente contra a vida. Agora, como as relações sociais se tornaram mais complexas, principalmente com a dinamização da informação, os novos delinquentes utilizam mecanismos mais elaborados, inclusive com a profissionalização da criminalidade.

Percebe-se que o combate a essa nova criminalidade ficou muito mais complicado, por vezes, inviável. Assim, o Estado, diante dessa incapacidade, optou por utilizar como meio de política criminal o direito penal simbólico, embora saiba que as ferramentas empregadas para combater esse fenômeno serão empiricamente ineficazes. A esse fenômeno, Winfried Hassemer chamou de “reação simbólica”:

“É a isso que eu chamo de “reação simbólica”, que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma “reação puramente simbólica”, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social”²⁸⁸.

Em outro estudo sobre o direito penal pós-Segunda Guerra Mundial, Winfried Hassemer²⁸⁹ analisa a evolução das ciências penais e sua relação com a práxis e estabelece algumas definições fundamentais ao desenvolvimento do presente estudo.

As ciências penais do pós-guerra, diante das barbaridades praticadas pelo nazismo (consequentemente, pelo direito penal nazista), que encontrava respaldo no ordenamento jurídico penal alemão, passaram por uma reformulação da dogmática penal que apresentou duas características: 1) o abandono do estudo das consequências causadas pela pena; e 2) a

²⁸⁷ Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 08, out. 1994, p. 45.

²⁸⁸ Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 08, out. 1994, p. 43.

²⁸⁹ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 40.

elaboração de enunciados normativos restritos e delimitados objetivando diminuir a incidência da tutela penal, já que os tipos penais vagos eram instrumentos frequentemente utilizados pelo Estado nazista.

No contexto dessa reformulação teórica, houve uma reaproximação do direito penal com o direito natural e as concepções jusnaturalistas, numa tentativa de trazer aquele mais próximo à justiça (atribuiu-se um caráter axiológico ao direito penal material). Esse conceito não se limitou a contenção das condutas socialmente indesejáveis, mas emergiu como fonte de correção das desproporcionalidades dos comandos normativos, servindo como um escudo do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

Nasce, a partir de então, a teoria finalista da ação, que visa estabelecer um conhecimento homogêneo das ciências penais, criando estruturas objetivas para definir o delito (fato típico, antijurídico e culpável), trazendo noções ontológicas para a dogmática penal, conforme observa Winfried Hassemer:

“[...] conferia o finalismo a convicção da retidão da teoria penal. Os fundamentos do Direito Penal não deveriam ser objeto do “achar” ou do convencionar de cada um, e sim o resultado de cuidadosa observação científica (isto é, inacessível à cegueira científica)”²⁹⁰.

Na visão de Hassemer, o finalismo penal tem o mérito de desenvolver uma teoria do delito com precisão metodológica e dogmática, delineando aquilo que deveria ser objeto de preocupação do direito penal, que é a conduta comissiva ou omissiva destinada a um fim de violação de um comando normativo e não abarcada por hipótese de exclusão da ilicitude, em que o autor ou partícipe imputável tivesse potencial consciência da ilicitude da conduta, exigindo-se uma conduta diversa da praticada.

Em contraponto à visão finalista, que acaba abstraindo da ciência penal todo e qualquer estudo dos efeitos práticos da pena, Winfried Hassemer sublinha que a partir de 1964 nasce uma visão, ligada principalmente ao direito penal das consequências, que tem como principais características: a crítica à fundamentação sistêmica como sendo verdades absolutas; passam a integrar como objeto de estudo a sanção penal e a execução da pena, que se tornam o centro da reflexão penal; há uma retomada da análise da política criminal, associando-a com outros ramos das ciências sociais, como a sociologia e a criminologia; e o uso dos métodos empíricos para o desenvolvimento das fundamentações jurídico-penais.

²⁹⁰ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 40.

Esse estudo trouxe luz a questões antes ignoradas pela ciência penal, como a seletividade, já que se constatou a ampla incidência da tutela penal sobre os economicamente hipossuficientes, o efeito estigmatizante inerente ao direito penal e ao processo penal, uma marca social que torna o indivíduo verdadeiro pária social. Assim, tentou-se desenvolver uma teoria do direito penal buscando proteger interesses humanos relevantes, intimidar as pessoas propensas à prática delitiva e tentar a ressocialização do apenado, com menor redução de direitos fundamentais.

Com a modernidade e o desenvolvimento da criminalidade organizada, Winfried Hassemer explica que surge um novo movimento visando atribuir ao direito penal uma função, ou seja, toma esse como um subsistema dentro de um sistema. Nas palavras do autor, o sistema penal,

“[...] com o seu mergulho na realidade e a sua orientação para as próprias consequências, [...] rachou as estruturas do Direito penal voltado para as consequências e abandonou no trajeto os princípios consolidados pela teoria do Direito penal voltado para as consequências. O sistema penal atual se apresenta acima de tudo como um instrumento efetivo da política interna ou de segurança pública, rejeita sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental e desvencilha-se pouco a pouco dos grilhões representados pelos princípios. Estes grilhões, tradicionalmente, e com boas razões, desempenhavam a tarefa de manter o sistema penal no seu lugar, ajustado ao conjunto dos instrumentos políticos disponíveis para o controle de conflitos”²⁹¹.

Dentro desse movimento funcionalista descrito por Winfried Hassemer, haverá um endurecimento de normas penais e processuais penais, em busca da celeridade na resposta estatal às condutas violadoras das normas penais. Como essa teoria funcionalista está fundamentada em uma teoria na qual a comunicação é o centro da manutenção sistêmica, respostas rápidas e espetaculosas passam a ser instrumento da dogmática penal.

Para o autor²⁹², o primeiro movimento dessa teoria é o abandono do princípio da subsidiariedade. O direito penal, antes entendido como *ultima ratio*, passa a ser ferramenta de *prima ratio* para a resolução das lides sociais. Como consectário, o Estado passa a ter o *ius puniendi* não mais em relação a condutas socialmente graves o bastante para tanto, mas também para qualquer conduta tipificada pelo poder legislativo. O perigo ao bem jurídico é analisado em abstrato e presumido de maneira absoluta. Portanto, não importa mais a análise em concreto da violação de bem jurídico relevante, pois o direito penal passa a ser ferramenta de proteção

²⁹¹ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 54.

²⁹² História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 54.

sistêmica, e não mais de bens em concreto, punindo-se toda conduta atentatória ao ordenamento jurídico.

Segundo essa nova concepção em que a semântica é fundamental na construção teórica, os ordenamentos jurídicos penais passam a empregar termos “plásticos” capazes de se modificar conforme as transformações sociais. É o alerta de Winfried Hassemer²⁹³: “Por isso mesmo, as referidas contribuições gravitam em torno de termos semânticos tais como ‘perigo’ (em vez de ‘dano’), ‘risco’ (em vez de ‘ofensa a um bem jurídico’), ou mesmo ‘segurança’ (em vez de ‘distribuição de justiça’).” Essa teoria funcionalista apresenta uma característica típica de Estados autoritários e emprega um método utilizado pelo direito penal nazista, o uso de termos vagos, que permite a punição a um maior número de condutas, segundo os interesses do detentor do poder.

Nessa teoria, explica Winfried Hassemer²⁹⁴, há também uma substituição de bens jurídicos individuais concretos por bens jurídicos coletivos abstratos, predominando crimes de perigo abstrato, em detrimento dos crimes de dano, com o objetivo de prevenir o resultado lesivo. Desse modo, o funcionalismo sistêmico defende a criminalização de atos preparatórios, objetivando antecipar a tutela penal destinada a proteger as expectativas normativas, principalmente diante da nova modalidade de crimes, com *modus operandi* mais elaborados e atuação das organizações criminosas transnacionais.

Outra mudança trazida pela concepção funcional do direito penal é a releitura dos institutos criados pelo direito penal clássico. Este fundamenta sua base teórica em um Estado Democrático de Direito, no qual a legalidade e a dignidade humana são as pedras basilares. Para os funcionalistas sistêmicos, esses conceitos representam verdadeiros empecilhos na luta contra a criminalidade organizada e os novos meios de práticas delitivas. Assim, conceitos como autor e partícipe, consumação e tentativa, dolo e culpa passam por uma releitura para que o tipo penal alcance um número maior de pessoas e de maneira mais intensa.

Assim, esse movimento teórico, ao unir as ciências penais e a política criminal, criou um direito penal de consequências completamente desvirtuadas, em comparação àquelas originalmente traçadas. Na concepção original, o direito penal visava a incorporação nas ciências penais de conceitos que antes não integravam seu campo de estudo, focado principalmente nos efeitos deletérios da pena privativa de liberdade (seletividade,

²⁹³ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 59.

²⁹⁴ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 59.

estigmatizante, dessocializador). A ideia trazida pelos funcionalistas sistêmicos inverte essa lógica e foca suas consequências não mais no delinquente, mas em toda a sociedade e na sua confiança nas expectativas normativas. Essa visão deturpada não possui comprovação científica sobre os efeitos almejados, gerando, como afirma Winfried Hassemer²⁹⁵, um provável descrédito social no sistema, pois a sua eficiência é puramente aparente, reforçando seu caráter simbólico.

Sob essa visão nasce a concepção de direito penal simbólico para Winfried Hassemer, que se caracteriza menos pela proteção dos bens jurídicos e efeitos políticos de longo alcance, para atingir soluções imediatistas que gerem grande impacto social e produzam uma comunicação imediata²⁹⁶.

Esse movimento tende à proteção de riscos em abstrato e à tutela de bens jurídicos universais, numa tentativa de diminuir as patologias geradas pela nova sociedade de risco, carregada de medo e insegurança. Trata-se de um fenômeno que terá consequências nefastas, pois “O direito penal simbólico, com funções ilusionistas, fracassa em sua tarefa político-criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal”²⁹⁷.

A solução apresentada por Winfried Hassemer ao problema é mais bem desenvolvida em trabalho do autor produzido em 2007, no qual propõe soluções para conter o avanço desarrazoado do direito penal (consequentemente, do direito penal simbólico). Primeiramente, expõe que a modernização do direito penal visando atender às novas demandas de proteção de bens jurídicos fundamentais e uma adequação aos novos perigos decorrentes da sociedade contemporânea é uma necessidade inquestionável. Porém, adequar sem refletir e sem atentar aos efeitos práticos pode gerar graves violações aos direitos fundamentais²⁹⁸. O direito penal não pode ser encarado como a solução de todos os problemas da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, acrescenta Winfried Hassemer que essa tutela ampliada do direito penal abarca muitas situações que poderiam ser satisfatoriamente solucionadas pelo direito administrativo. Nessa toada, coloca que a sanção penal não serve como instrumento da prevenção de riscos, pois, como para sua incidência necessariamente o Estado deve observar os paradigmas do Estado Democrático de Direito, o estado de inocência e a proporcionalidade na

²⁹⁵ História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994, p. 60.

²⁹⁶ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 230.

²⁹⁷ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 230.

²⁹⁸ *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Coord. e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 96.

aplicação da sanção, esse instrumento impede uma solução efetiva para a prevenção de riscos²⁹⁹.

Constatada a ineficiência do direito penal na prevenção do risco, Winfried Hassemer³⁰⁰ acrescenta que deve haver uma diferenciação entre a prevenção normativa e a prevenção técnica. A prevenção normativa ocorre no plano abstrato e exige um recrudescimento das normas penais somada à flexibilização de direitos fundamentais, sem a devida garantia de eficácia, ficando muitas vezes no plano da utopia. Já a prevenção técnica é barreira fática que impede, ou ao menos dificulta, a realização das atividades criminosas de obter os resultados almejados, ampliando a intervenção administrativa estatal.

Como exemplo, a aplicação de regras de transparência dos atos administrativos e a facilitação de obtenção de informações da administração pública para todos os cidadãos representam técnicas preventivas que não necessitam da incidência da sanção penal, e representam meios que auxiliam no combate aos crimes contra a administração pública (Lei n. 12.527/2011, por exemplo, que dispôs sobre o acesso às informações da administração pública para todos os cidadãos).

Para Winfried Hassemer³⁰¹, a prevenção de perigos seria mais bem solucionada não pelo direito penal, mas por um “direito de intervenção”, que representaria uma via localizada entre o direito penal, o direito civil e o direito administrativo, somando os aspectos de cada ciência jurídica para obter um regramento jurídico próprio e atender aos anseios de prevenção de risco (que terá incidência prioritária do campo do direito administrativo) e reparação dos danos já causados (nesse ponto predominam os ditames do direito civil).

Assim, somando aspectos de cada sistema, sem empregar as sanções penais ou outras que igualmente restringem direitos fundamentais, o Estado conseguiria prevenir os riscos de maneira mais eficaz, sem gerar tantos efeitos deletérios como aqueles causados pela tutela penal. Segundo o autor, ao definir o conteúdo desse novo direito:

“Decerto, ele poderia contar com garantias e formalidades processuais menos exigentes, mas também seria provido com sanções menos intensas contra o indivíduo. Tal Direito “moderno” seria normativamente menos censurável e,

²⁹⁹ *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Coord. e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 96.

³⁰⁰ *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Coord. e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 142-143.

³⁰¹ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 262.

ao mesmo tempo, faticamente melhor equipado para lidar com os problemas específicos das sociedades modernas”³⁰².

Portanto, tanto Jesús-María Silva Sánchez como Winfried Hassemer entendem que o direito penal tem de atuar subsidiariamente, deixando a função de proteção das expectativas normativas para outros ramos do direito. Ocorre que para Jesús-María Silva Sánchez, essas ações deveriam integrar o próprio direito administrativo controlador e o sancionador (que, como será analisado, teria utilidade somente no plano acadêmico, tendo pouca ou nenhuma aplicabilidade prática), ou ao menos dentro de uma “administrativização” do direito penal (o que ele denomina “direito penal de segunda velocidade”). E Winfried Hassemer, por sua vez, defende a criação de uma área completamente diferente da existente, que ele denomina “direito de intervir”.

Nessa linha de raciocínio, serão analisadas as teorias básicas para esclarecer nossa compreensão de cada uma das propostas dos autores, na tentativa de traçar um norte que concilie o processo expansionista penal inevitável e a manutenção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

5.1 A segunda velocidade de Jesús-María Silva Sánchez

Tanto Winfried Hassemer como Jesús-María Silva Sánchez entendem que a expansão do direito penal é um fenômeno inevitável, principalmente diante das complexidades sociais apresentadas na atualidade. Como ambos não ignoram a realidade e a práxis jurídica penal e possuem um enfoque voltado ao estudo das consequências do direito penal, eles propõem um modelo misto, que não abandona completamente o fenômeno expansionista penal, porém, defendem um movimento que deve ter freios com base nos ditames do Estado Democrático de Direito.

Jesús-María Silva Sánchez³⁰³ considera que a tentativa de restabelecer um direito penal absolutamente mínimo e regido por princípios e garantias fundamentais não passa de uma utopia, seja porque em realidade em nenhum momento da história existiu, ou mesmo porque na atualidade é impossível desconsiderar as referências sociais existentes nas ciências penais.

³⁰² *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 262.

³⁰³ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 178.

O autor³⁰⁴ começa sua formulação teórica estabelecendo uma correlação entre o grau de garantias que integra um sistema de imputação e a gravidade da sanção imposta. Como vimos, o sistema penal impõe consequências distintas a depender da imputação e do grau de reprovabilidade da conduta. Aliás, esse é um dos fundamentos da individualização da pena, que obriga o sistema a graduar a sanção no plano abstrato, no concreto e na execução penal segundo a gravidade do delito.

Assim, defende que, quanto maior a intensidade da sanção penal (incidência de pena privativa de liberdade), maior o grau de garantias que devem ser asseguradas ao indivíduo: “O posto-chave reside, pois, em admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do direito penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo”³⁰⁵.

Ao contrário de Winfried Hassemer, Jesús-María Silva Sánchez defende que o direito penal pode admitir uma flexibilização das garantias, desde que a sanção não atinja a liberdade do indivíduo. Ao optar por um modelo distinto ao de Winfried Hassemer, o autor espanhol defende que manter a incidência do direito penal apresenta vantagens significativas no campo de prevenção de riscos.

Nesse sentido, o direito penal tem uma força comunicativa superior se comparado aos outros ramos do direito, “inclusive de modo independente da conexão ético-social tradicionalmente inerente a todos os seus ilícitos”³⁰⁶. Ao contrário do direito administrativo, que sofre inegável influência política e permite que a administração pública atue segundo um juízo de conveniência e de oportunidade, demonstrando sua parcialidade, o direito penal é regido pela jurisdição, que é imparcial, e inegavelmente possui maior credibilidade que a Administração Pública.

Observamos que Jesús-María Silva Sánchez não abandona a função comunicativa e mantenedora de expectativas sociais do direito penal, ao reafirmar sua força comunicativa superior (o que é inegavelmente verídico) e a maior credibilidade social à atuação jurisdicional com relação à administração pública, principalmente no que tange à imparcialidade. Assim, o autor desenvolve uma perspectiva dualista do sistema penal, com a primeira faceta referente aos delitos cujas penas atingem a liberdade do indivíduo, em que o Estado deve garantir o

³⁰⁴ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 179.

³⁰⁵ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 182.

³⁰⁶ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 184.

máximo de direitos fundamentais e estabelecer rigorosas regras de imputação para configuração delitiva, e a segunda, voltada aos delitos de menor potencial ofensivo cuja pena não atinge a liberdade do indivíduo³⁰⁷.

Há, portanto, uma relação de compensação entre o grau de efetivação de garantias penais e processuais penais e a intensidade da sanção incidente. Se o Estado quer aplicar uma pena privativa de liberdade por um longo período, deve garantir ao indivíduo todas as ferramentas sistêmicas para promover sua reação defensiva à imputação e criar filtros para reduzir ao máximo a sua incidência.

Para que essa teoria tenha eficácia, permitindo uma expansão racional do direito penal, uma vez admitida a força comunicativa do direito penal como elemento essencial do controle social, essa não pode se basear apenas na aplicação da pena privativa de liberdade, que sempre foi a sanção socialmente identificada com o direito penal. Este último deve se adequar à nova realidade social e ampliar o rol de sanções, que não se limita à privação da liberdade ou à supressão da vida (pena de morte), e incorporar ao seu sistema sanções restritivas de direito e multa, principalmente nos delitos socioeconômicos.

Nessa relação dialética, após profunda análise do contexto atual e da criminalidade moderna, Jesús-María Silva Sánchez³⁰⁸ desenvolve a “teoria da velocidade do direito penal”. Assim, quanto maior o grau de violação na esfera do indivíduo pretendido pelo Estado (pena privativa de liberdade, que se aplica a condutas que violem bens jurídicos individuais essenciais), maior a gama de garantias penais e processuais penais que devem ser asseguradas ao indivíduo. Esses processos costumam demandar uma marcha processual mais lenta, por isso, a esse direito penal, o autor definiu como de primeira velocidade.

Agora, para as condutas que não violem concretamente bens jurídicos individuais, mas interesses coletivos ou visem conter perigos abstratos, Jesús-María Silva Sánchez defende que o Estado deve aplicar sanções penais diversas do cárcere, como restritivas de direito e multa, e para isso, poderia flexibilizar garantias penais e processuais penais, modificando regras de imputação para atingir um número maior de situações. Com a flexibilização dessas garantias, o fluxo processual é mais dinâmico, permitindo a solução mais célere da lide penal, o que o autor denominou direito penal de segunda velocidade.

³⁰⁷ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p.185-186.

³⁰⁸ *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013, p. 191.

Para concluir o pensamento do autor, destacamos dois aspectos de sua tese. O primeiro deles é a defesa à manutenção de um núcleo duro intangível aplicável aos dois movimentos anteriormente descritos, como a legalidade, a proporcionalidade e a dignidade humana. O outro aspecto é a admissão de uma expansão legítima do direito penal, mas não a expansão do rigor das penas privativas de liberdade, principalmente quando somadas à flexibilização de garantias e das regras de imputação penal, fenômeno denominado de direito penal de terceira velocidade.

Portanto, Jesús-María Silva Sánchez apresenta um modelo razoável e que se adapta à realidade social vigente, tanto que diversas reformas no campo do direito penal e processual penal abarcaram suas teses, como a Lei do Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995) e seus institutos despenalizadores, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, além da nova figura do acordo de não persecução penal (inicialmente regulamentado pela Resolução CNMP n. 181/2017 e, posteriormente, tipificado pelo artigo 28-A do Código Processual Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019).

Já Winfried Hassemer, por outro lado, procura proteger as estruturas da teoria geral do direito penal e, por essa razão, exclui da incidência da tutela penal as condutas que não violem em concreto bens jurídicos penalmente relevantes. Além disso, ele tem demonstrado sua resistência à expansão dos procedimentos legislativos, enquanto Jesús- María Silva Sánchez tende a reforçar as normas incriminatórias como um fato irreversível do direito penal moderno.

Entre os dois modelos – tendo em vista que o de Winfried Hassemer será analisado a seguir – aquele que aparentemente melhor atende aos ditames do Estado Democrático de Direito é o desenvolvido pelo doutrinador alemão, conforme será exposto adiante.

5.2 O direito de intervenção de Winfried Hassemer

Em 1937, com a publicação da obra “Teoria Tradicional e Teoria Crítica” por Max Horkheimer, inicia-se uma análise crítica do direito penal vigente à época, propondo uma incorporação dos dados empíricos à dogmática penal, que até então tinha cunho eminentemente abstrato. Os membros da “Escola de Frankfurt” se identificam com o direito penal moderno, argumentando que esse direito penal, que é resultado da expansão, será confrontado com vários princípios de um Estado de Direito Democrático e com a busca de alternativas reducionistas ao crime.

Winfried Hassemer, um dos principais representantes dessa escola, com o intuito de frear a propagação da tutela penal (principalmente sua incidência nos novos perigos surgidos em uma sociedade de risco), propõe a criação de um novo ramo jurídico, o qual denominou

direito de intervenção, conforme sua exposição na conferência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), em 1993:

“O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção”³⁰⁹.

Notamos uma visão extremamente rígida a respeito das consequências que a sanção penal e seus efeitos secundários (estigmatização, seletividade) podem causar não só ao indivíduo, mas à sociedade como um todo. Primeiramente, Winfried Hassemer³¹⁰ enfatiza que é um equívoco afirmar que a eficácia do direito penal possui um caráter eminentemente simbólico, já que uma persecução penal tem consequências profundas tanto para o indivíduo que a enfrenta como para a sociedade, e possui efeitos concretos.

Mesmo assim, o autor admite o incremento de tipos penais eminentemente simbólicos, tanto no que diz respeito à sua quantidade como em sua abrangência. Isso ocorre principalmente com a implementação da função do direito penal como ferramenta de proteção da confiança social no direito e a manutenção da integridade sistêmica frente às ofensas geradas pelas condutas delitivas:

“Afim, a manutenção e a promoção da confiança na ordem jurídica e da lealdade dos cidadãos ao Direito constituem processos comunicativos que se desenvolvem a longo prazo, compreendendo uma infinidade de variáveis cognitivas e emocionais, uma imensa engrenagem na qual a decisão que individualiza uma pena criminal não passa de uma peça minúscula (que, no caso concreto, nem sempre é possível saber em que direção gira)”³¹¹.

Nessa linha de pensamento, quanto maior o caráter preventivo da tutela penal, geral ou especial, positivo ou negativo, maior será o seu conteúdo simbólico, o que é um traço marcante do direito penal moderno. Nesse sentido, Winfried Hassemer emprega o mesmo conceito de direito penal simbólico observado no presente estudo, em que o sentido latente prevalece sobre o sentido manifesto, assemelhando-se à ilusão.

³⁰⁹ Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 08, out. 1994, p. 49.

³¹⁰ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 210.

³¹¹ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 215.

Nesse contexto, realçam-se quatro pressupostos necessários para a definição precisa do conceito de direito penal simbólico. O primeiro deles é uma abordagem do tema voltada às consequências. O direito penal não deve ser visto apenas sob o prisma do sistema manifesto ou como um sistema fechado. Para definir o sentido manifesto (aquele previsto expressamente pela norma) e o sentido latente (sentido obscuro, aquele realmente desejado pelo legislador), Winfried Hassemer³¹² afirma que o direito penal deve ser enxergado segundo a orientação para as consequências.

Um segundo aspecto é a exclusão de orientações volitivas, como vontade ou intenção do legislador. Isso, pois, o legislador muitas vezes omite ou camufla as reais intenções normativas tendo em vista que a elaboração normativa, por vezes, é fruto de conluio político ou é guiada pelo clamor popular. Assim, o enfoque não é mais a *mens legis*, mas a função da norma.

Outro pressuposto necessário do direito penal simbólico é que esse almeja ser um conceito comparativo, transmitindo a imagem de que seu conteúdo possui aplicação concreta, mesmo que o texto normativo seja demasiadamente vago. A norma simbólica guarda um resquício de que pode, de alguma forma, proteger os bens jurídicos.

Normas com conteúdo bem definido devem expor não só que irão punir uma violação a um bem jurídico, mas transmitir a esperança de que protegerão o bem jurídico (Winfried Hassemer menciona o tipo do homicídio, que, apesar de ter uma redação altamente concretista e de cunho retributivo, deve, de alguma maneira, mandar uma mensagem de proteção do bem jurídico). Assim como normas de conteúdo extremamente abstrato e altamente valorativo devem demonstrar um cunho concretista (nesse sentido, Winfried Hassemer exemplifica o crime de genocídio, que também pode ser associado ao ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 2.889/1956, demonstrando a adesão estatal à Convenção Internacional sobre Prevenção e Punição do Genocídio, o tipo penal exhibe um rol de hipóteses concretas que caracterizam o genocídio, o que pode ser observado nas alíneas “a” até “e” do artigo 1º da Lei n. 2.889/1956).

Por fim, o direito penal simbólico possui uma aptidão crítica, somando elementos simbólicos e instrumentais. O direito penal simbólico, segundo Winfried Hassemer³¹³, é um “conceito normativo de luta” que não se limita à mera descrição, mas impõe uma crítica.

³¹² *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 218.

³¹³ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 220.

Na análise da proposta apresentada pelo autor, sua defesa reside na pretensão de reduzir as consequências nefastas do direito penal com a descriminalização da conduta, para que somente aqueles que oferecem dano, um perigo específico ou um perigo de crime evidente de excepcional gravidade a bens jurídicos individuais possam se beneficiar da proteção penal. O direito de intervir, por sua vez, protegerá os bens jurídicos transindividuais contra novos riscos tecnológicos. Para esse fim, propõe-se um modelo de procedimento mais flexível no que diz respeito às regras processuais e salvaguardas para tornar a investigação mais eficaz.

Traçadas as premissas do direito penal simbólico, Winfried Hassemer coloca como elemento da ilusão o discurso de proteção de bens jurídicos:

“Portanto, ‘simbólico’, em sua compreensão crítica, consiste em um atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma se concretizarão numa situação diversa da anunciada pela própria norma. Aqui, como já se observa na própria conceituação dos termos, deve se entender por “funções manifestas” exclusivamente aquelas concretizações da norma que sua própria formulação enuncia, a saber, a disciplina de todos os casos concretos futuros por ela definidos, ou, noutros termos, a proteção de bens jurídicos tutelados pela norma”³¹⁴.

A prevalência do sentido latente (que pode se consubstanciar em uma imagem de Estado forte e atuante, ou em uma tentativa de contenção dos ânimos sociais) sobre o sentido manifesto gera o direito penal simbólico, chamado por Winfried Hassemer³¹⁵ de “ilusão” ou “dissimulação”. Sua origem, aponta o autor, reside na crise do direito penal orientado para as consequências, ou seja, quando se atribui à pena a função de prevenção geral ou especial, em que se defende a incidência da sanção penal como meio de intimidação social (prevenção geral negativa), de preservação das expectativas normativas (prevenção geral positiva) ou como meio de ressocialização (prevenção especial positiva).

Essa fundamentação da pena seria justificável se demonstrasse empiricamente sua eficácia, o que na prática não é atestado. Para verificar esse ponto, basta analisarmos os altos índices de reincidência daqueles que cumpriram penas privativas de liberdade (mostrando a ineficiência do caráter ressocializador da pena) e a alta descrença da população no aparato estatal de manutenção da segurança pública (revelando que tanto o caráter inibitório como a manutenção das expectativas sociais não atingem os objetivos almejados).

³¹⁴ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 221.

³¹⁵ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 221.

Outro aspecto relevante trazido por Winfried Hassemer para o agravamento da expansão do direito penal simbólico é o acréscimo no conceito de bens jurídicos universais, gerando uma ampliação exagerada da incidência dos tipos penais incriminadores, que não mais possuem um bem jurídico individual concreto para proteger, mas bens universais, aplicáveis a todos, cujo grau de abstração permite atingir uma gama infinita de condutas, tornando o sistema penal extremamente aberto e punitivista.

Conforme esse raciocínio, o autor³¹⁶ acrescenta que a política criminal foi contaminada com a ideia de sociedade do risco e a necessidade de prevenção dos perigos aos quais o bem jurídico possa estar exposto. Como vimos ao longo desta dissertação, trata-se de um consectário da nova sociedade da informação e da complexidade inerente à sociedade de meados do século XX até os dias atuais. As consequências serão um incremento do aparato repressor do Estado, o aumento dos crimes de perigo abstrato e um aprofundamento do direito penal simbólico.

O diagnóstico apresentado por Winfried Hassemer é semelhante ao de Jesús-María Silva Sánchez, analisado anteriormente. A diferença fundamental entre ambos está na solução apresentada para conter o avanço desenfreado do direito penal simbólico. Jesús-Maria Silva Sánchez não abandona por completo a função do direito penal como um importante mecanismo de comunicação social e de controle dos riscos sociais. Nesse contexto, cria duas velocidades para o direito penal. A primeira, mais lenta e garantidora de direitos fundamentais, permite a incidência da pena privativa de liberdade. Já a segunda velocidade é mais célere, e permite a flexibilização de garantias penais e processuais penais, porém, não atinge a liberdade do indivíduo.

Winfried Hassemer, ao contrário, entende que o direito penal não tem essa função de contenção dos perigos aos bens jurídicos. Assim, propõe uma mudança de enfoque da função preventiva da sanção penal, passando a ser uma normativa puramente técnica ou organizacional³¹⁷. Nesse sentido, propõe a criação de um “direito de intervenção” ou “direito interventivo” completamente desvincilhado do direito punitivo, ressaltando que o paradigma preventivo atribuído à tutela penal tem se demonstrado inócuo e ineficiente:

“Nós praticamos prevenção com o emprego do Direito penal, isto é, com restrição de liberdade e, assim fazendo, fracassamos duplamente: além de não

³¹⁶ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 225.

³¹⁷ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 308.

alcançarmos o objetivo, renunciemos aos poucos a princípios sem os quais uma vida digna em sociedade não é possível”³¹⁸.

Diante disso, Winfried Hassemer³¹⁹ propõe substituir a prevenção normativa por uma concepção de prevenção técnica ou organizacional, que permite não fechar os olhos ao problema real da sociedade contemporânea (principalmente com o incremento de riscos), enfrentando-o sem uma abrupta violação de direitos e de garantias fundamentais. Para sua aplicação, apresenta um método de experimentação, em que aos poucos se substitui a faceta de prevenção normativa pela prevenção técnica, regida pela proporcionalidade, abandonando as penas desproporcionais inerentes ao direito penal simbólico por ferramentas de controle social. Esse método deve ser aplicado aos poucos e, à medida que produza os resultados almejados, poderá substituir por completo a pretensão normativa.

Winfried Hassemer também assinala que, como não impõe penas de prisão, o direito de intervir pode tomar medidas preventivas que revertam ou minimizem os danos causados por certas ações de risco, sem utilizar o ser humano como objeto de comunicação social³²⁰. Ao agir dessa maneira, o direito de intervenção permite maior flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, possibilitando a responsabilização coletiva por perigos proibidos gerados, sem atingir a liberdade do indivíduo.

A proposta do autor alemão é reduzir os efeitos deletérios do direito penal com um processo gradual de descriminalização de condutas, para que somente casos nos quais houver dano ou perigo concreto aos bens jurídicos individuais penalmente relevantes possam ser objeto da proteção penal.

Assim, o direito de intervir, por sua vez, assumiria a função de prevenção aos perigos em abstrato causados aos bens legais transindividuais, abarcando inclusive contra novos riscos que forem surgindo com o incremento da complexidade social. Para esse fim, propõe um modelo de procedimento mais flexível no que diz respeito às regras processuais e salvaguardas para tornar a investigação mais eficaz.

A fim de compensar a restrição dos direitos afetados pelo enfraquecimento das garantias, esse novo ramo do direito não poderia tomar decisões que restringiriam a liberdade da pessoa condenada. Além disso, no caso do direito de intervenção, a responsabilidade coletiva

³¹⁸ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 308.

³¹⁹ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 309.

³²⁰ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 309-310.

permite a imposição de rigorosas sanções pecuniárias e restritivas de direito, pois os mecanismos típicos do direito penal seriam eliminados. Como ressalta o próprio autor, o direito de intervenção representa um meio-termo entre o direito penal mínimo e o direito administrativo sancionador.

O principal objetivo de Winfried Hassemer é assegurar que o direito penal proteja apenas as espécies tradicionais, a fim de garantir os princípios constitucionais desenvolvidos ao longo do tempo pela dogmática da teoria do delito e da pena. Assim, se aproxima mais de uma visão de direito penal mínimo do que Jesús-María Silva Sánchez. E, conforme analisaremos adiante, trata-se de um sistema que atende de maneira mais incisiva aos ditames do Estado Constitucional Democrático.

5.3 O direito de intervenção como uma alternativa ao processo expansionista brasileiro e meio de contenção do direito penal simbólico

Das soluções antes expostas, aquela que se apresenta como meio mais eficaz na tentativa de reduzir a expansão desenfreada do direito penal simbólico, sem desconsiderar as mudanças decorrentes da formação da sociedade de risco, é a proposta defendida por Winfried Hassemer, que visa retirar do campo do direito penal condutas que não gerem lesões concretas. Um primeiro ponto a se destacar é o de que sua teoria, ao contrário da apresentada por Jesús-María Silva Sánchez, diminui o efeito estigmatizante do direito penal, que não pode ser ignorado pela ciência do direito.

Evidentemente, dizer que uma pessoa sofreu uma sanção administrativa ou qualquer medida judicial fora do campo penal não é o mesmo que dizer que alguém foi condenado penalmente, mesmo que a pena não tenha atingido diretamente a liberdade do indivíduo. O condenado a uma sanção penal leva consigo um estigma social inegável, mesmo que sua pena seja semelhante a uma pena administrativa de restrição de direito.

O delito, como uma realidade artificial e axiológica, traz consigo uma carga comunicativa muito pesada, pois, ao menos em tese, representa a violação de valores comezinhos para a sociedade. Ao dizer para uma pessoa que alguém cometeu um crime, já nasce em regra um sentimento de aversão, que não mede de maneira proporcional e empírica a real gravidade da conduta, que por vezes, dentro dessa nova estrutura já exposta, não gerou nem sequer perigo em concreto a um bem jurídico relevante.

Como exemplo, quem conduz veículo automotor sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa pode ser punido com pena de detenção de seis meses a três anos, multa e

suspensão ou proibição para dirigir. Dentro do preceito secundário do tipo penal incriminador, o indivíduo que violar a norma dificilmente sofrerá uma pena privativa de liberdade, ficando a sanção penal limitada à esfera da restrição de direitos e multa. Assim, as consequências práticas e os efeitos educativos da pena seriam os mesmos se as sanções se limitassem ao direito administrativo sancionador, que permite a incidência de multa, a suspensão ou a proibição do direito de dirigir e a imposição de medidas restritivas, como a obrigatoriedade de frequentar curso de formação de condutores.

A única diferença, que não é irrelevante, é a de que o condenado penalmente ou aquele que enfrentou uma persecução penal (que acabou sendo suspensa condicionalmente ou celebrou um acordo de não persecução penal), carregará consigo a marca social de ter frequentado os fóruns criminais, mesmo que sua conduta não seja grave o suficiente para haver uma condenação social.

Portanto, a teoria de Winfried Hassemer possui esse aspecto positivo que não é afastado pela teoria das velocidades de Jesús-María Silva Sánchez, que é a proposta de superar a estigmatização social gerada não só pela condenação penal, mas também por toda a persecução penal, que marca o indivíduo para toda a sua vida, dificultando inclusive sua ressocialização.

Conforme mencionado nos parágrafos anteriores, atualmente, a expansão do sistema penal é um fenômeno corrente na sociedade de risco. Nesse sentido, as propostas de Winfried Hassemer e Jesús-María Silva Sánchez não só possuem o inegável mérito de diagnosticar precisamente o processo expansionista da repressão penal, como também de apresentar soluções para conter essa expansão desenfreada da tutela penal, apontando novas alternativas a esse modelo.

Longe de desmerecer ou abandonar a proposta do escritor espanhol, que se comparada com a de Winfried Hassemer parece ter maior incidência prática e mais chance de proliferar como meio de contenção deste processo expansionista, este não parece ser a melhor solução, pois apenas se preocupa com um dos aspectos da expansão do direito penal, o uso excessivo da prisão, sem atribuir a atenção necessária a todo o conjunto que integra o sistema de justiça criminal, que não se limita à privativa de liberdade.

Jesús-María Silva Sánchez insiste no papel de prevenção geral das sanções penais, entendendo que o direito penal possui um papel importante de comunicação social, principalmente no que tange à credibilidade atribuída ao Poder Judiciário. Para conservar esse aspecto, defende a manutenção da pena privativa de liberdade aos delitos que violem de maneira grave bens jurídicos individuais, o que não resolve os problemas decorrentes da saturação do

sistema de justiça criminal brasileiro e o número cada vez maior de processos penais, que acabam sobrecarregando o sistema judiciário nacional.

Assim, esse número crescente de lides penais, mesmo diante da existência de soluções consensuais novas no ordenamento, acaba tornando o sistema lento, deixando o réu com os efeitos deletérios inerentes à persecução penal por longo tempo (essa espada de Dâmocles fica sobre a cabeça do réu por muito tempo). Em caso de prescrição, não transmite à sociedade a ideia de eficácia do sistema, pois não gerou a reprimenda desejada ou, quando incide, o faz de maneira tardia.

Por sua vez, Winfried Hassemer procura excluir tipos de menor potencial ofensivo ou médio potencial ofensivo do âmbito do direito penal, procurando em outras áreas das ciências jurídicas as soluções para combater comportamentos que violem valores legais essenciais à convivência social. Por essa razão, sua proposta está mais bem adaptada ao contexto de um Estado Democrático de Direito que respeita o princípio de intervenção mínima e a subsidiariedade do direito penal.

Adotando a mesma vertente, Miguel Reale Júnior³²¹, após analisar o direito penal econômico e as semelhanças entre as infrações administrativas econômicas e os crimes econômicos, considera que as reflexões de Winfried Hassemer são alternativa válida para as soluções ao processo expansionista moderno do direito penal, apoiando a descriminalização de vários tipos de crimes econômicos, apesar de discordar da nomenclatura empregada pelo doutrinador alemão, chamando de direito penal administrativo, regido por normas que garantem em certa medida determinados princípios, como legalidade e não retroatividade.

Nesse sentido, a melhor solução seria sistematizar o direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer para sua aplicação prática no Brasil. Para isso, por meio de um processo gradual, deve-se abandonar a estruturação do sistema penal preventivo, que atua por meio da tipificação de condutas de perigo abstrato e busca a tutela de bens jurídicos universais, por um sistema técnico de prevenção e de contenção de riscos, que empregue mecanismos de controle incidentes antes mesmo da prática da conduta, produzindo verdadeiro efeito preventivo.

Assim, meios do direito administrativo sancionador e fiscalizador serão fundamentais para alcançar esse objetivo, com o aprimoramento da concessão de licenças (tanto ambientais como alvará de funcionamento de uma atividade econômica) e o fortalecimento de meios fiscalizatórios das instituições ou órgãos responsáveis por isso (como o CADE, a CVM, e o

³²¹Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 28, p. 116-129, out.-dez., 1999, p. 121-122.

Procon, dentre outros). Evidentemente, para isso, exige-se um Estado eficiente, que parece uma realidade distante do Brasil.

Outra ferramenta importante na preservação das pretensões normativas é o emprego de meios alternativos de solução de conflitos, principalmente os consensuais. O emprego do diálogo, de técnicas de persuasão e de caráter pedagógico é fundamental para a prevenção e a contenção de riscos. Além disso, o emprego de uma justiça restaurativa, em que há uma participação da vítima, atinge de maneira mais eficaz seus objetivos e diminui os efeitos causados pela prática delitiva. Esse sistema deve ser capaz de prevenir e de gerenciar riscos e apresentar sanções suficientes para afetar a prevenção geral de delitos.

O Poder Judiciário possui uma função essencial na contenção da expansão da tutela penal, que é o de exercer, dentro de uma democracia, um papel contraseletivo, compensando não só a seletividade natural da criminalização primária (elaboração de normas mais duras em relação aos crimes de colarinho azul) e secundária (aplicação prática da tutela penal que começa com a atividade policial, passa pela persecução penal e termina com a execução da pena), como também retirando do ordenamento jurídico normas predominantemente simbólicas e desproporcionais, dando vazo a essa nova engrenagem do direito de intervenção.

O Poder Judiciário deve estar alheio às paixões sociais e aos clamores populares de vingança e aplicação severa de penas, funcionando como verdadeiro freio à máquina de persecução penal estatal. Assim, caberá ao Poder Judiciário retirar do ordenamento jurídico penal os tipos penais simbólicos produzidos pelo Poder Legislativo, e impor limites aos órgãos de persecução penal, tanto oriundos do Poder Executivo (polícia judiciária) como do próprio Ministério Público.

Esses órgãos, contaminados pelo anseio social, por vezes agem ao arrepio da Constituição e violam direitos e garantias individuais, devendo o juiz proteger a marcha processual de provas ilícitas, limitar as hipóteses de medidas cautelares tanto pessoais como reais para os casos de estrita necessidade e, inclusive, pôr fim o quanto antes a demandas penais temerárias, reduzindo os efeitos deletérios do processo penal.

Outra questão que merece enfrentamento é a indagação se o direito de intervenção não seria um direito penal de classe, ou seja, destinado somente as classes economicamente favorecidas. A questão é solucionada por Guilherme de Souza Nucci³²² quando analisando o pensamento de Hassemer e Munhoz Conde, coloca que cabe a esse modelo buscar soluções distintas da pena privativa de liberdade, principalmente aos setores sociais mais baixos, buscar

³²² *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Volume 01. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 651.

meios de investigação que possam desvendar a “criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões sobre igualdade da criminalização em direito penal e promoção da descriminalização dos crimes de bagatela. Percebe-se que Hassemer não prega a impunidade penal dos crimes de colarinho branco, ou mesmo a exclusiva incidência do direito de intervenção nesse caso. O direito de intervenção funciona como um filtro de condutas que merecem ou não ser objeto da reprimenda penal e não como meio de impunidade dos crimes de colarinho branco.

Por fim, o tema merece importante ressalva referente à sua latente inaplicabilidade, principalmente em países subdesenvolvidos, como o Brasil, e com um amplo histórico do uso abusivo do direito penal. Para a implementação do direito de intervenção, exige-se um Estado eficiente, que implemente não só mecanismos fiscalizatórios, mas também políticas públicas de inclusão social, o que demandaria longo prazo e mudança na mentalidade dos detentores do poder político.

Sobre o tema, escreve Winfried Hassemer³²³: “Dizer que uma boa Política social é a melhor forma de Política criminal não é apenas retórica, é muito mais uma exortação urgente no sentido de estabelecer perspectivas de longo prazo providas de conteúdo”. Nesse sentido, a proposta de Jesús-María Silva Sánchez permanece válida como meio de conter a expansão do direito penal simbólico e de reduzir os seus efeitos, principalmente com a criação de institutos despenalizadores, como o acordo de não persecução penal, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Porém, essa não deve ser a solução definitiva para conter a expansão da tutela penal, mas uma solução transitória, já que não atende de maneira satisfatória aos seus objetivos.

5.4 Direito penal mínimo como um freio à expansão do caráter simbólico do direito penal

Dentro de um Estado Democrático de Direito, em que se preze a dignidade da pessoa humana, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve incidir apenas em condutas que realmente atentem contra bens jurídicos caros à sociedade:

“Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os

³²³ *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 307.

demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito³²⁴”.

Segundo a lei penal mínima, se outras formas de punição ou controle social forem eficazes e suficientes para a proteção dos bens jurídicos, não é aconselhável penalizá-los em conflito com uma lei penal simbólica que atualmente integra o sistema jurídico nacional.

No atual contexto brasileiro de um Estado de direito democrático, é difícil negar que o direito penal mais coerente é o chamado direito penal mínimo. Ou seja, uma lei penal baseada nas mais altas garantias constitucionais, sobretudo nos princípios básicos derivados expressa ou implicitamente da Carta Magna, como o princípio da dignidade da pessoa humana (base de todas as outras), o princípio da intervenção mínima, o princípio da ofensa, o princípio da insignificância e o princípio da legalidade, entre muitos outros.

Assim, é necessário descriminalizar efetivamente certos tipos penais que na realidade não violam em concreto bens jurídicos socialmente relevantes. A persistência desse tipo incriminatório, que é de pouca importância, só dificulta o trabalho estatal de combate a criminalidade, que, em vez de agir em casos de real importância, gasta seu tempo para reprimir condutas que não possuem de fato relevância social; além disso, torna vagaroso o processo de justiça criminal, enquanto o acusado permanece na prisão devido ao grande número de casos envolvendo questões irrelevantes. Nesse sentido, escreve André Luiz Callegari qual seria a função do direito penal em um Estado que preze a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal:

“Em síntese, pode-se dizer que o Direito Penal serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos e que sua existência se justifica exclusivamente quando a convivência pacífica dos cidadãos pode garantir-se tão-somente com o recurso a culminar com uma pena a conduta socialmente danosa. Esta justificação se deriva da finalidade do Estado, cujo poder se fundamenta, a sua vez, na vontade do povo manifestada nas urnas. Ademais, como marco de intervenção do Direito Penal, deve-se levar em conta a Constituição Federal (LGL\1988\3), todo dispositivo penal posto na lei ordinária que seja contrário à Constituição não deve ser aplicado, posto que a lei maior é a garantia máxima do cidadão. O professor Bernardo Feijó o advertiu que a interpretação funcional do Direito Positivo deve ser sempre uma interpretação constitucional. É dizer, se deve partir metodologicamente da existência de um sistema político e social com uma mínima legitimidade constitucional e no marco desse sistema constitucional é onde se deve ter em conta a função do Direito Penal³²⁵.”

³²⁴ QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 74, 1999, p. 2.

³²⁵ O princípio da intervenção mínima no direito penal. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 70, 1999, p. 459.

Além disso, pelas razões já mencionadas, os delitos menores certamente não podem integrar a proteção criminal, e sua natureza subsidiária deve ser respeitada na medida do possível. Esses delitos menores devem ser protegidos por outros ramos do direito menos onerosos, como o direito administrativo ou o direito civil.

Entretanto, apesar da aplicação da lei penal mínima, seus principais objetivos não podem ser negligenciados. Entre eles, por exemplo, um dos mais importantes é impedir a retaliação privada. Uma vez que o Estado tenha adotado o monopólio da punição, espera-se que evite a aplicação dessa punição por particulares. Sobre o tema, André Luiz Callegari acrescenta:

“Acontece que quando o Estado, através do Direito Penal, único ramo do ordenamento jurídico competente para cuidar da cominação de penas, passa a descuidar-se desse aspecto, dá lugar às crescentes investidas violentas por parte dos indivíduos na suposta realização de justiça. Na atualidade, os inúmeros casos de linchamentos que vêm acontecendo constantemente, assim como as incontáveis ações dos chamados grupos de extermínio, demonstram que o Direito Penal atual não está, ao menos de forma eficiente, cumprindo sua missão de contenção da violência privada³²⁶.”

O sistema penal brasileiro, e o mesmo ocorre nos demais ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, tem mantido a privação de liberdade como um elemento estrutural essencial desde a sua criação. Em outras palavras, na grande maioria dos casos, não há punição sem alguma espécie de privação de liberdade. Porém, até mesmo aqueles que defendem um sistema mais punitivista, não negam a total falência do sistema carcerário, principalmente em países subdesenvolvidos.

A sociedade finalmente se torna insegura e uma vítima constante da violência urbana, observando com admiração as cenas terríveis de seus “algozes”, que, enquanto cumprem suas sentenças, devem eventualmente voltar a viver juntos. Nesse sentido, Cristiane Farias dos Santos³²⁷ sinaliza a correlação existente entre a expansão penal e sua falência em relação à ressocialização, com o aumento da própria violência urbana. Um primeiro aspecto destacado é a ineficácia das reformas legislativas penais brasileiras, que não promovem uma reformulação sistêmica, mas são quase sempre isoladas e paradoxais.

Nesse contexto, somada à falta de técnica do legislador, o Poder Executivo investe em políticas repressivas para diminuir os índices de criminalidade, o que na prática mostrou-se absolutamente ineficiente. Diante disso, a máquina repressora estatal não reduz a violência, mas a incrementa, gerando uma sensação de insegurança social e descrença no sistema estatal.

³²⁶ O princípio da intervenção mínima no direito penal. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 70, 1999, p. 478.

³²⁷ Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 131, 2017, p. 415.

Soma-se a esses fatores a atuação do Poder Judiciário brasileiro, que, em vez de encarar o cárcere, principalmente as prisões cautelares e pré-cautelares (prisão em flagrante), como *ultima ratio*, promove a sua banalização. Esse contexto conta ainda com forte influência da atuação do Ministério Público que, em regra, adota um posicionamento em prol do encarceramento, mesmo sem embasamento ou constitucional, ao contrário, dispondo que a privação da liberdade, seja derivada de decisão judicial definitiva ou provisória, deve ser aplicada a condutas realmente graves.

Outra questão que merece destaque é se o direito penal mínimo é suficiente para combater a nova criminalidade organizada. Ao que parece o problema de combate à essa nova modalidade criminosa não reside no direito penal mínimo, mas sim na ausência do Estado em aplicar políticas públicas eficazes para o combate ao crime. Sobre o tema escreve Guilherme de Souza Nucci:

“Convém, ainda, mencionar as soluções mais apropriadas de Hassemer e Muñoz na ótica do direito penal mínimo: a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos; b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da ‘criminalidade dos poderosos’, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em direito penal; c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade ‘clássica’; d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções subjetivas desejáveis político-criminalmente. Entretanto, qualquer solução que se adote, na esfera legislativa, passa, necessariamente, pelas mãos do Poder Executivo, que precisa liberar verbas para a implementação de inúmeros programas de prevenção, punição e recuperação de criminosos. Não é possível que o Parlamento modifique sistematicamente leis, fornecendo a impressão de que isso basta à solução no combate a criminalidade, sem que o administrador libere as verbas necessárias ao seu implemento.”³²⁸

Do texto acima transcrito, extrai-se a conclusão de que não é o direito penal mínimo a responsabilidade da ineficiência no combate à nova criminalidade, mas sim do Estado ineficiente que não investe em meios de prevenção e enfrentamento ao crime organizado.

Como exposto, a hiperbolização do aparato penal, seja com o incremento de penas privativas de liberdade, seja por um aumento dos tipos penais incriminadores, ou mesmo com a ampliação dos mecanismos de segurança pública, em nada diminui a ocorrência de crimes ou torna o Estado mais eficiente no combate à criminalidade.

Pelo contrário, o Estado, que tem promovido a expansão do direito penal e abandonado a lógica do direito penal mínimo, vê um número crescente de casos de violência, o que reforça ainda mais a tese do caráter predominantemente simbólico da tutela penal. Isso não significa

³²⁸ *Curso de direito penal – Parte Geral*. Volume 01, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 651.

que defendemos a extinção da pena privativa de liberdade e o fim do encarceramento, mas sua incidência somente em casos realmente graves. Nesse sentido, coadunamos com a posição de Guilherme de Souza Nucci³²⁹, que vislumbra uma melhor solução para o problema da punição em uma simbiose entre o direito penal mínimo e o sistema garantista.

5.5 O garantismo como ferramenta de controle do direito penal simbólico

Em resposta aos poderes punitivos concedidos ao Estado, surgiu no mundo jurídico uma doutrina criminológica para a aplicação de procedimentos criminais, como divulgado por Luigi Ferrajoli: o garantismo penal, ou neoclassicismo, como alguns estudiosos preferem chamá-lo. Inicialmente, cabe ressaltar que o garantismo penal não inovou no campo das políticas criminais, mas fez uma releitura e uma sistematização dos pensamentos clássicos e iluministas, que em sua essência visavam impor um freio ao poder punitivo estatal.

O garantismo penal apresenta um modelo para a aplicação do direito penal que visa estender a liberdade humana à custa da limitação do poder do Estado, ao mesmo tempo que minimiza a justiça punitiva. É uma solução para a antítese histórica entre a liberdade humana e o poder do Estado.

O grande desafio do garantismo penal é criar um sistema lógico-racional que limite adequadamente o *ius puniendi* estatal. Sobre essa dificuldade, Luigi Ferrajoli esclarece:

“O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo linguístico artificial que pode permitir, graças à estipulação e a observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio. O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático. Estas técnicas – que correspondem a outros tantos limites, garantias ou condições de legitimidade do exercício do poder judicial – serão analisadas na terceira parte. Contudo, a partir do próximo capítulo, tornarei preponderantemente sua formalização dentro de um sistema de princípios que chamarei “cognitivos” ou “garantista”, em referência a outros sistemas cujo grau de garantismo seja decrescente, por carecerem no plano das normas e/ou das práticas de um ou vários desses princípios. De acordo com isso, será possível, no capítulo terceiro, desenvolver uma análise epistemológica da

³²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 651.

cognição judicial e distinguir as variadas formas de poder que com ela concorrem³³⁰.”

As palavras “direito”, “privilégio”, “libertação”, “responsabilidade” e “segurança” são expressas em nossa linguagem como sinônimos da palavra “garantia”, usada no sistema jurídico brasileiro pelo direito constitucional como prerrogativa de cidadania. Tornou-se comum confundir garantia com abolicionismo penal, que é a proteção da liberdade selvagem de uma pessoa. Enquanto esse último rejeita essa doutrina, argumentando que o Estado é obrigado a retornar a tal independência, a garantia também rejeita um Estado liberal que age contra o direito à punição.

Os mandados de prisão criminal foram conceituados como um modelo de direito consistente com a liberdade regressiva e como um intermediário entre o abolicionismo penal e o Estado liberal. Em nosso corpo jurídico, algumas inovações já se destacam para a aplicação desse ideal criminológico e processual, como a Lei n. 11.006/2006, que aboliu o crime de adultério, reafirmando assim o princípio da intervenção mínima, deixando esse fato para a análise do direito civil.

Nesse exercício, o garantismo penal defende que alguns métodos devem ser empregados no processo de minimização do poder institucional. Por exemplo, o executor deve santificar os dez axiomas, as diretrizes da lei penal, que trazem para suas regras as garantias relacionadas à pena, ao crime e ao processo.

Entre as garantias ligadas à incidência da punição estatal, três merecem destaque: 1) *nullum poena sine crimine* (uso do princípio da retribuição); 2) *nullum crimen sine lege* (o princípio da legalidade); 3) *nulla lex poenalis sine necessitate* ou princípio da necessidade ou, como é chamado hoje, princípio da interferência mínima – não há direito penal sem necessidade (o direito penal deve ser considerado como a última opção de punição para combater o comportamento humano indesejável).

A primeira garantia, *nullum poena sine crimine*, descreve o princípio retributivo, pelo qual o Estado só pode punir se for cometido um ato criminoso lesivo a um bem jurídico penalmente relevante. Na concepção já analisada da norma no Estado de Direito, e na busca da prevalência do efeito instrumental sob o simbólico do direito penal, é inegável que a pena deve ter essa correlação entre o mal causado pelo agente e a coação estatal imposta.

³³⁰ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 71.

Essa análise permite duas conclusões: não pode existir sanção penal se não houver a criação, por ato comissivo ou omissivo, de um dano ou perigo de dano injusto, ou seja, se não houver ao menos perigo ou a criação deste for autorizada pelo ordenamento jurídico, não incidirá a tutela penal; a sanção deve ser proporcional ao mal causado pelo agente. Ambas são imprescindíveis em sistemas que se intitulam democrático, ou seja, um importante freio ao efeito simbólico da pena.

Sobre a teoria da retribuição exata ou proporcionalidade entre a pena e o delito, escreve Evguiéni Bronislávovitch Pachukanis:

“A gradação de responsabilidades é um fundamento para a gradação das penas, esse momento novo, ideal ou, se preferir, psicológico, que se une ao momento material do prejuízo e ao momento objetivo da ação para oferecer conjuntamente um fundamento para a determinação da proporção da pena. Em um ato cometido dolosamente, a responsabilidade é mais grave e, conseqüentemente, em iguais condições, mais grave será a pena; em um ato cometido por mera culpa, a responsabilidade será menos grave, e *caeteris paribus*, a pena diminui; finalmente, em caso de responsabilidade inexistente (infrator inimputável), o castigo não é aplicado. Coloquemos no lugar da pena a *Behandlung* [tratamento terapêutico], ou seja, um conceito jurídico por um conceito médico-pedagógico, e nós chegaremos a resultados completamente diferentes, pois, antes de tudo, nos interessará não a proporcionalidade, mas a correspondência das medidas aplicadas com aqueles objetivos que com isso buscamos alcançar, ou seja, objetivos de proteção da sociedade, de tratamento do infrator etc. A partir desse ponto de vista, a relação pode se revelar como seu oposto; ou seja, no caso de uma responsabilidade atenuada, revelam-se necessárias medidas de tratamento mais longas e intensivas”³³¹.

Outro freio ao direito penal simbólico é o princípio da legalidade, que conforme observa Luiz Regis Prado:

“O princípio de reserva legal dá lugar a uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material – não simplesmente formal –, o que importa em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Daí ser traduzido no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*”³³².

Logo, mesmo que o termo possa causar uma impressão errônea, o princípio da legalidade não se destina unicamente ao Poder Legislativo, mas também aos aplicadores do direito como um todo, que deverão respeitar os diversos corolários decorrentes deste princípio.

O primeiro mandamento do princípio da legalidade coincide com a concepção formalista, em que se punem somente condutas previstas em normas penais produzidas pela

³³¹ *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017 (Kindle), posição 4093-4106 de 5469.

³³² *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, p. 36.

autoridade estatal competente, eleita democraticamente pelo povo. Por mais socialmente reprovável que seja a conduta, sem tipificação legal não pode incidir a tutela penal. Nesse sentido, não se punem pecados, cogitações, atos meramente preparatórios não tipificados ou condutas apenas socialmente reprováveis, como o incesto voluntário em que os envolvidos são absolutamente capazes – apensar de gerar uma ojeriza social, não deve ser objeto de análise do direito penal.

A vedação da retroatividade de normas penais mais gravosas é expressa pela fórmula *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. A anterioridade desempenhará um duplo papel; o primeiro deles, o de mandamento de abstenção, proibindo o Estado de punir ou agravar a sanção penal quando a vigência normativa é posterior ao fato. Depois há uma concepção positiva, impondo ao Estado agir obrigando incidir a norma penal mais benéfica cuja vigência é posterior ao fato (ultratividade da norma penal).

Em relação à proibição da analogia *in malam partem*, segundo Luigi Ferrajoli³³³, esse princípio é corolário do princípio da estrita legalidade e da aplicação do princípio do favor rei. Dessa concepção conclui-se que, no âmbito do direito penal, deve-se adotar uma interpretação restritiva, sendo implicitamente vedada a interpretação extensiva. Ressalta-se, porém, que esse entendimento não é pacífico na doutrina, havendo aqueles que defendam a possibilidade da aplicação de uma interpretação mais rigorosa e prejudicial ao acusado³³⁴.

Ainda dentro da sistemática do princípio da legalidade, merece destaque o princípio da taxatividade ou mandado de determinação dos tipos penais. Sobre o tema, observa Cezar Roberto Bitencourt que é inerente às ciências jurídicas um certo grau de indeterminação, já que seria impossível ao legislador prever todas as hipóteses de incidências no plano naturalístico. O problema reside quando a norma geral e abstrata:

“[...] utiliza excessivamente conceitos que necessitam de complementação valorativa, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica³³⁵”.

Um claro exemplo dessa patologia sistêmica, denominada de tipo penal vago, é o art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, que tipifica a conduta de gerir de maneira temerária instituição financeira. O conceito é extremamente valorativo, podendo incidir em uma série de

³³³ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 351.

³³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 88.

³³⁵ *Tratado de direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 60.

infinitas condutas, deixando a cargo do juiz definir qual sua abrangência. O emprego de tipos penais vagos é utilizado no direito penal simbólico. Como seu objetivo é de controle social, e não a proteção de bens jurídicos, não há uma preocupação em se delimitar o alcance do tipo.

Outro tema abordado pelo garantismo penal é o princípio da lesividade ou ofensividade, que possui íntima relação com o direito penal mínimo e o princípio da intervenção mínima. Somente se pune em um Estado de Direito se a conduta humana ao menos expôs a um risco concreto um bem jurídico penalmente relevante, conforme registra Luiz Regis Prado:

“O princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos abrange, portanto, a ideia de ofensividade ou lesividade, visto que esta última é conata ao delito que necessariamente há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. Ademais, é de interesse observar que a noção de ofensa ou perigo de ofensa é passível de graduação a maior ou a menor – v.g., grave, média ou leve –, não se tratando de um conceito absoluto. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana³³⁶.”

A tutela penal simbólica, como tem o objetivo exclusivo de comunicação e controle social, e não visa a proteção de bens jurídicos, permite punir condutas que nem ao menos colocaram em risco um determinado bem jurídico socialmente relevante. Isso faz nascer tipos penais de perigo abstrato ou presumido, ou seja, aqueles em que a norma em abstrato presume o perigo ao bem jurídico, sendo irrelevante sua constatação no caso concreto para que o tipo incida. Para a incidência da sanção penal basta a prática da conduta. O que se castiga, nestes casos, é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma

Portanto, como analisa Luigi Ferrajoli³³⁷, o princípio da ofensividade apresenta três funções restritivas do *ius puniendi* estatal. A primeira é de caráter quantitativo, vedando a aplicação da sanção penal a condutas que, apesar de estarem previstas em um tipo penal incriminador, não geraram lesão ou ameaça de lesão aos bens jurídicos penalmente relevantes (princípio da intervenção mínima). Essa atinge os denominados crimes de bagatela e, na visão do funcionalismo teleológico, integra o conceito analítico de crime dentro do substrato do fato típico (tipicidade material).

³³⁶ *Curso de direito penal brasileiro*. 17. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2020, p. 42.

³³⁷ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 428-440.

A segunda função, de caráter qualitativo, refere-se à definição e ao campo de abrangência do termo “bem jurídico”. Nesse sentido, somente é legítima a sanção penal quando incide em condutas que realmente prejudiquem terceiros, e não condutas somente ligadas à moral ou à concepção religiosa ou ideológica. O conceito de “bem jurídico” não pode ganhar uma roupagem extremamente abstrata, mas deve atingir um valor realmente caro ao convívio social, e não que represente apenas valores de cunho ideológico ou religioso. Para isso, sua delimitação deve ser precisa e empregada somente nas hipóteses nas quais realmente houver perigo concreto a alguém ou à coletividade.

Por fim, a terceira restrição é de caráter estrutural, impedindo a criminalização de atos meramente preparatórios que de fato não danifiquem ou exponham a perigo concreto bens jurídicos penalmente relevantes. Para o garantismo penal, o fenômeno da antecipação da tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, não coaduna com os preceitos garantistas, pois criminaliza condutas que não atingem bens jurídicos.

O respeito aos axiomas descritos, adotando o garantismo penal, atenua as consequências nefastas do direito penal simbólico, preservando os valores descritos pela Constituição Federal, mesmo que esse posicionamento vá de encontro à opinião pública majoritária, assumindo, portanto, uma função eminentemente contramajoritária. Só assim o Estado, detentor do *ius puniendi*, poderá atingir a esfera de liberdade do cidadão, sem violar os postulados do Estado de Direito.

6 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea ainda não está preparada para a extinção da pena privativa de liberdade. Considerando o grau de consciência da sociedade atual, não é possível abandonar a sanção penal, seja essa restritiva de direitos ou privativa de liberdade. Além disso, é notório que o direito penal não se limita à função de aplicar a pena, ou seja, não apenas prevê punição, mas também proíbe os cidadãos de cometer crimes, de maneira a desmotivar a ação criminosa, refletindo diretamente a cultura de determinado povo, por isso, não pode (e nem deve) ser eliminado repentinamente.

Por outro lado, não se deve esquecer de que as próprias teorias do delito, que definem as condutas penalmente relevantes, são baseadas em aspectos culturais, filosóficos, econômicos e, sobretudo, políticos presentes em todos os contextos históricos e sociais. O comportamento criminoso é, portanto, o resultado de ideais concebidos e externalizados através de um discurso dominante, através de uma palavra que se torna norma. É o caso do direito penal, portanto, um conceito artificialmente criado pelo ser humano, inexistente no campo naturalístico.

Sob essa linha argumentativa, as teorias de comportamento assumem um papel absolutamente proeminente no pensamento do direito penal, no sentido de escolher as ações humanas relevantes para a aplicação de uma sanção penal. Assim, o legislador, em um Estado de Direito, deve definir condutas que de fato violem ou ponham em risco bens jurídicos socialmente relevantes, ressaltando seu caráter fragmentário, subsidiário e de aplicação como *ultima ratio*.

Ocorre, porém, que ao longo da história, o direito penal não tem cumprido o papel prometido, muitas vezes sendo usado como meio de submissão social. A máquina estatal penal tem escolhido seus alvos, incidindo de maneira mais intensa sobre os oprimidos sociais, aplicando sistemas de imputação orientados por uma grande variedade de gostos e propósitos – seja no desiderato de proteger valores morais ou religiosos, no sentido de proteger o sistema de regras, bens jurídicos ou como um mecanismo de controle público.

Em meio ao caos do século XXI, no contexto da globalização e da criação de sociedades complexas e pluralistas, em uma era de comunicação, do consumo e do risco, às vezes há uma expansão injustificada da legislação penal em resposta aos novos discursos em meio às políticas criminosas dos Estados. Além disso, nunca vivemos tão amedrontados e carregados de informações e da constatação de novos riscos. Essa sociedade líquida (na visão de Zygmunt Bauman) ou sociedade de risco (na visão de Ulrich Beck) é um campo fértil para

disseminar o medo e criar o caos. Nunca tivemos tanto conhecimento e, ao mesmo tempo, tanto medo.

A sociedade contemporânea, na qual a informação e a comunicação ocupam papéis fundamentais, permitiu a ampliação do debate sobre “movimentos de política criminal”, que nunca foi tão plural e repleto de conceitos. Podemos apontar os movimentos de “tolerância zero”, “direito penal do inimigo”, “garantismo penal”, “abolicionismo” e “direito penal mínimo”. Somados a esse fenômeno social, que tem na comunicação e no agir comunicativo elementos fundamentais da dinâmica social – fazendo prevalecer o discurso com maior poder de comunicação na sociedade – serão capazes de influenciar as estruturas do Estado e as teorias de comportamento, criando sistemas extremamente punitivistas e como consequência promoverá a flexibilização dos direitos e garantias constitucionais.

Nesse campo, ganha especial importância a denominada legislação simbólica, principalmente pela sua técnica de comunicação. Apesar da polissemia do termo “simbólico”, podemos reduzir o seu significado: legislação que empregue um sentido manifesto não representa o principal escopo normativo, mas o seu significado latente, ou seja, a mensagem conotativa da norma é muito mais forte do que a mensagem denotativa. Portanto, há na legislação simbólica uma intenção de iludir ou camuflar o seu real intuito.

O discurso apresentado pelo direito penal simbólico acaba gerando estereótipos daqueles que estarão na imaginação coletiva como criminosos do mundo de hoje, supostamente a causa de todos os males sociais, especialmente em países subdesenvolvidos, nos quais a falência estatal é proeminente. Além disso, a corrupção e a negligência na implementação de políticas públicas não permitem o desenvolvimento social, tampouco a redução da pobreza e da desigualdade social, fatores determinantes no aumento da criminalidade. Assim, nessa nova sistemática social, a atuação do sistema penal de controle social não deve estar desassociada de uma investigação empírica prévia que aponte as consequências sociais das sanções penais tanto para o apenado como para a dinâmica social.

O novo sistema, ao contrário das escolas clássicas do direito penal e do direito penal liberal, não deve fechar os olhos para a prática e para os efeitos práticos decorrentes da movimentação da máquina penal estatal (estigmatização, a seletividade, efeito dessocializador das penas privativas de liberdade, principalmente quando cumpridas em estabelecimentos prisionais degradantes). No entanto, conforme analisado, o direito penal tem se expandido abruptamente, aprofundando o direito penal simbólico (ilusório), cujos efeitos visam somente ludibriar a população e camuflar a real problemática social, ligada principalmente à falência do Estado Social e à imposição do neoliberalismo. Como consequência, somos confrontados com

uma lei criminal que, ao longo de seu desenvolvimento, cada vez mais atinge bens jurídicos abstratos e universais, e cria tipos penais que presumem o perigo de maneira absoluta em abstrato, ficando o tipo penal cada vez mais destoadado do dano em concreto e, como consectário, flexibilizando o princípio da lesividade.

Diante desse fenômeno, surgiu na dogmática penal uma linha que radicalizou o direito penal simbólico, atribuindo para a sanção penal não mais a função de proteção subsidiária de bens jurídicos, mas a proteção das expectativas sociais na norma (expectativas normativas). Essa teoria, que banaliza o direito penal simbólico, foi desenvolvida por Gunther Jakobs, discípulo de Welzel, buscando primeiramente reafirmar a validade da norma como maneira de proteção do sistema social autopoietico. Assim, a sanção penal possui a função de evitar que as expectativas normativas (tidas como absolutas) se transformem em expectativas cognitivas (tidas como relativas), colocando todo o sistema jurídico em descrédito perante a sociedade. A essa visão, Günther Jakobs denominou direito penal do cidadão.

Aprofundando ainda mais o tema e, como consequência, agravando os efeitos da legislação simbólica, Günther Jakobs cria um direito de guerra, pelo qual se ignoram os ditames do Estado de Direito para exterminar um perigo para a convivência social, que é o inimigo. Nesse campo, Günther Jakobs visa prioritariamente não preservar as expectativas normativas, já que do inimigo não se espera outra postura a não ser a de afrontar os mandamentos estatais. Essa postura já é esperada do inimigo, pois ele viola de maneira habitual o ordenamento jurídico, cabendo ao Estado eliminar o risco que representa à convivência social.

Constatado esse agravamento na incidência do direito penal, tanto na práxis como no plano acadêmico, é necessário criar mecanismos que visem preservar as garantias individuais contra a expansão dos poderes punitivos do Estado, preservar o sistema de regras de imputação e, principalmente, limitar o direito penal à exclusiva proteção dos bens jurídicos individuais violados ou expostos a um perigo concreto.

Nesse sentido, tanto Jesús-María Silva Sánchez como Hassemer analisam esse fenômeno de expansão desmedida do direito penal moderno, e enxergam nele uma séria ameaça ao Estado Democrático de Direito. Ambos tentaram achar uma solução para criar uma expansão inevitável do direito penal, mas sem violar as liberdades individuais baseadas no Estado de Direito, não no indivíduo, sem perder de vista sua eficácia.

Ambos analisam precisamente a problemática social apresentada pelo direito penal moderno e o aumento do punitivismo estatal. A globalização e o desenvolvimento dos meios de comunicação e da tecnologia afetaram também a criminalidade, que passou a utilizar *modus*

operandi mais elaborados e de abrangência global. Definitivamente, a criminalidade do século XXI não se assemelha a nenhuma outra do decorrer da história.

Além disso, o desenvolvimento tecnológico permitiu o surgimento de novos valores, antes sem relevância social, principalmente no que tange aos interesses transindividuais, como em relação ao meio ambiente. Isso obriga a reformulação das teorias clássicas do delito e das penas, trazendo consequências diretas nas teorias do dolo/culpa, consumação/tentativa, coautoria/participação. Outro aspecto é o aumento da antecipação da tutela penal com a criação de crimes de perigo abstrato e a tipificação de atos preparatórios.

Dentro desse novo cenário, Jesús-María Silva Sánchez vislumbra a expansão do direito penal como um movimento irreversível. Além disso, percebe uma importante função comunicativa do direito penal que pode ser essencial na contenção dos riscos sociais. Nessa toada, tenta criar uma maneira de o direito penal se expandir de maneira ordenada, respeitando pelo menos os direitos e as garantias penais e processuais penais quando puder incidir uma pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, cria um direito penal de duas velocidades. O direito penal clássico ou liberal é o de primeira velocidade, em que o Estado disponibiliza todas as garantias penais e processuais penais inerentes ao Estado Democrático de Direito, permitindo a incidência da pena privativa de liberdade. Esse sistema aplica-se aos crimes mais graves que atingem bens jurídico individuais (vida, integridade física, patrimônio, dignidade sexual) de maneira grave. Já o direito penal de segunda velocidade tem precisamente a função preventiva, evitando a ocorrência de danos a interesses transindividuais. Para isso, o Estado deve renunciar à aplicação das sanções privativas de liberdade e, em contrapartida, pode flexibilizar direitos e garantias fundamentais, ampliar o aspecto hermenêutico e abarcar uma gama maior de condutas.

Por seu turno, Winfried Hassemer prega não caber ao direito penal a função de prevenção, devendo somente se ater a condutas realmente graves, deixando para outra seara da dogmática jurídica a função de prevenir. A esse novo ramo do direito denominou direito de intervenção. Ele abarca conceitos oriundos do direito penal, do direito administrativo sancionador e fiscalizatório e do direito civil, apresentando soluções preventivas para a contenção dos riscos gerados pela sociedade contemporânea.

Como vimos, a vertente que melhor se amolda aos ditames do Estado Democrático de Direito é aquela defendida por Winfried Hassemer, que considera a realidade caótica enfrentada pela justiça criminal, neutraliza os efeitos deletérios da tutela penal que não estão ligados à pena (estigmatização, seletividade) e busca mecanismos menos lesivos aos direitos fundamentais na tentativa de conter os perigos surgidos com a sociedade moderna.

Além disso, importante enfatizar que em países como o Brasil, que possuem democracia fragilizada, tendo em vista o número de regimes autocráticos vividos e a constante violação de direitos humanos, o direito penal é frequentemente utilizado como ferramenta de dominação e de controle social, maquiando os reais problemas sociais. Assim, evidencia-se que o nível de democratização dos próprios Estados está intimamente ligado ao grau de efetivação de direitos e garantias fundamentais, o que torna o Brasil um país potencialmente perigoso para a expansão desenfreada e desumana do direito penal simbólico.

Assim, a ideia de “reduzir o direito penal”, conforme proposto por Winfried Hassemer, apresenta-se como única esperança de acesso aos mecanismos de justiça para os grupos mais vulneráveis e estereotipados, que frequentemente são alvos do aparato punitivo estatal. Além disso, independentemente dos interesses tutelados pelo direito penal e do discurso legitimado pelo direito na era contemporânea, mesmo que se empregue a teoria do delito e da pena com base em preconceitos ontológicos ou funcionalistas, deve sempre permitir uma afirmação universal dos direitos humanos e o primado da justiça, concebida em particular na era pós-guerra para a emancipação do indivíduo.

Portanto, apesar do entendimento de que o direito penal justo e humanitário tem sido utópico ao longo da história, seu discurso contemplativo permanecerá “válido” como um ideal a ser seguido em todos os momentos.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. **Novos estudos** – CEBRAP, São Paulo, n. 73, nov. 2005.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 81, p. 339-356, nov.-dez., 2009.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BATISTA, Nilo. Spinoza para criminalistas. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Niterói, v. 12, n. 2, p. 211-220, 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46131>. Acesso em: 28 set. 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2008.
- BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Book, 2012.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.
- BECK, Ulrich. **Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECKER, Howard S. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves. Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento. Willful blindness: dolo without knowledge. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**. São Paulo, v. 4, p. 109-131, out.-dez. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARE 722.047-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 08-06-2015.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. O direito penal sob a perspectiva funcional redutora. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 101, p. 97-136, jul.-dez. 2010.

BUSATO, Paulo Cesar. **Fatos e mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CALLEGARI, André Luiz. O princípio da intervenção mínima no direito penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 70, 1999.

CALLEGARI, André Luiz. **Imputação objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CALLEGARI, André Luiz. Gestão temerária e o risco permitido no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 837, p. 409-416, jul. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, p. 279-303, set.-out. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Teoria do Direito - lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999**. Coimbra: Policopiadas, 1998

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 136, p. 293-319, out. 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

COELHO, Thalita da Silva. **Bem jurídico penal como limitação ao *jus puniendi* e perspectivas de descriminalização**. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html. Acesso em: 18 abr. 2021.

COHEN, Albert K. **Delinquent boys: the culture of the gang**. New York: Free Press, 1955.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **A sociologia de Max Weber**. São Paulo: Vozes, 2006 (Kindle).

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal** – parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. Parte IV. Capítulo 01. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 14. ed. Trad. Roberto Machado. Petrópolis: Vozes, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Clássicos jurídicos** – direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 2004.

FUZIGER, Rodrigo. **Direito penal simbólico**. Curitiba: Juruá, 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GERMAN, Mariana David; ROMFELD, Victor Sugamoto. Esquerda punitiva e criminologia crítica: um diálogo possível? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 134, ano 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2018.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 56, p. 80-112, set.- out. 2005.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 89-147, jul.-ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 87, 1997.

HANNAH, Arendt. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 08, out. 1994.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 6, p. 36-71, abr.-jun., 1994.

HASSEMER. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. (org.) Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. (coord. e supervisão) Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Trad. Elena Larrauri. Santiago: Conosur, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. II. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios fundamentais da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HULSMAN, Louk. Práticas punitivas: um pensamento diferente – uma entrevista com o abolicionista penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, p. 13-26, abr.-jun., 1996.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernauld. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Manuel Cancio Meliá. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

JAKOBS, Günther. **A imputabilidade objetiva no direito penal**. São Paulo: RT, 2013.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

JUNG, Carl G.; HENDERSON, Joseph L.; VON FRANZ, M.-L.; JAFFÉ, Aniela; JACOBI, Jolande; FREEMAN, John. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: HarperCollins Brasil, 2016 (Kindle).

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal** – parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. Discursos sediciosos. Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun., 1996.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** – parte I: Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Trad. Artur Morão. Lisboa: 70, 2004.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes** – parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude. Trad. Artur Morão. Lisboa: 70, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Trad. Antônio Carlos Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINELLI, Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal, parte geral**, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 94

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013 (Kindle).

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no Código Penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 177, p. 19-44, mar. 2021.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NIETO GARCIA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

NOBREGA, Izanete de Mello. *Labeling approach* – a teoria do etiquetamento social. **Investidura** – Portal Jurídico. Florianópolis, 29 abr. 2009. Disponível em: investidura.com.br/sobre-investidura/3368-labeling-approach-a-teoria-do-etiquetamento-social. Acesso em: 29 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Ana Carolina de. Moral, imoralidades e bem jurídico no direito penal sexual: o delito de ato obsceno. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9, 2013. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/26>. Acesso em: 08 set. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador e direito penal: quais os limites do *ius puniendi* estatal na repressão dos atos de improbidade administrativa. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-89, 2000.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017 (Kindle).

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Ciências Penais**, v. 2, p. 143-158, jan.-jun. 2004. Doutrinas Essenciais de Direito Penal e Processo Penal, v. 1, jan.-dez. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. 17. ed. São Paulo: RT, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRAZERES, José de Ribamar Sanches. **O direito penal simbólico brasileiro**. s/d. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/artigos/o-direito-penal-simbolico-brasileiro/> Acesso em: 28 set. 2021.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 134, p. 87-107, ano 2017.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 74, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 28, p. 116-129, out.-dez., 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 763, p. 415-431, maio 1999.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, p. 24-49, jan.-jun. 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito penal económico**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020 (Ebook).

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 (Ebook).

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 2002.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Trad. Luís Greco. (org.) Luís Greco e Fernando Gama de Miranda Netto. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. (org. e trad.) André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁ, Alvino Augusto. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 64, p. 313-337, jan.-fev. 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Afrontamento, 1987.

SANTOS, Cristiane Farias Rodrigues dos. Poder Judiciário: segurança pública e administração penitenciária. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 131, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura. **Território, globalização e fragmentação**. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1998.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SENE, Eustáquio de. Globalização e espaço geográfico. 4ª Edição. São Paulo: Contexto, 2019. Versão do Kindle.

SÊNECA, Lúcio Aneu. **Letters from a Stoic**: Epistulae morales ad Lucilium. Londres: Penguin Classics, 1969.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 46, p. 73-93, jan.-fev. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Regis Prado. Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: RT, 2013.

SPINOZA, Baruch. **Ética**. 3. ed. Trad. Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Edição bilíngue (Ebook)

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White-collar crime**: The Uncut Version. Yale: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TARDE, Jean-Gabriel de. **As leis sociais**. Esboço de uma sociologia. Trad. Mauro Guilherme Pinheiro Koury, realizada em três partes, a partir do livro de Gabriel Tarde, *Les lois sociales. Esquisse d'une sociologie*. Paris, Alcan, 1898. O texto completo em francês foi publicado em RBSE v. 3, n. 8, ago. 2004. As partes I e II da tradução foram publicadas, respectivamente, na RBSE, v. 3, n. 9, dez. 2004 e v. 4, n. 10, de abril de 2005.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2012.

TEDESCO, Ignacio. **El acusado en ritual judicial**: ficción e imagen cultural. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORRE, Ignacio Berdugo; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O controle da corrupção: a experiência espanhola. **Revista dos Tribunais**, v. 947, p. 359-383, 2014.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens Jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização**. Curitiba: Juruá, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: do “progresso ao retrocesso”**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Trad. Gabriel Philipson. Petrópolis: Vozes, 2020.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La culpabilidad en el siglo XXI. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Direito penal**. v. 3. São Paulo: RT, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Teoria do delito: introdução histórica e metodologia, ação e tipicidade v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: RT, 2019.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação